

شرح

خيارات اللمعة

تأليف

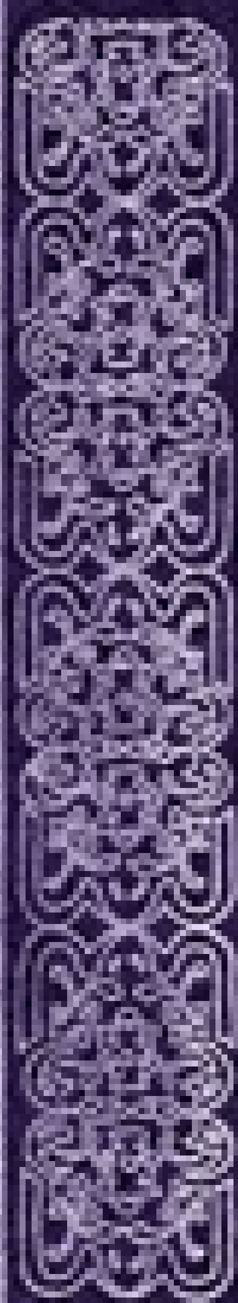
الفقيه المحقق الشيخ علي

نجل الشيخ الكبير كاشف الغطاء ﷺ

المتوفى سنة ١٢٥٣ هـ.ق



مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



بسم الله الرحمن الرحیم

شرح خيارات اللمعه

كاتب:

علی بن جعفر كاشف الغطاء

نشرت فی الطباعهٔ:

جامعه مدرسين حوزه علميه قم، دفتر انتشارات اسلامی

رقمی الناشر:

مركز القائميهٔ باصفهان للتحريات الكمبيوتريهٔ

الفهرس

شرح خیارات اللمعه

اشاره

سرشناسه:آل کاشف الغطاآ، علی بن جعفر، ق ۱۲۵۳ - ۱۱۹۷

عنوان و نام پدیدآور:شرح خیارات اللمعه/ تالیف علی نجل کاشف الغطاآ

مشخصات نشر:قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق. = ۱۳۸۰.

مشخصات ظاهری:۲۷۲ ص.نمونه

فروست:(جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی ۱۰۷۰)

شابک:۹۶۴-۴۷۰-۵۰۷-۶۱۸۰۰۰ریال

یادداشت:عربی

یادداشت:کتابنامه به صورت زیرنویس

عنوان دیگر:اللمعه الدمشقیه. برگزیده. شرح

موضوع:شهید اول، محمدبن مکی، ۷۸۶ - ۷۳۴. اللمعه الدمشقیه -- نقد و تفسیر

موضوع:فقه جعفری -- قرن ق ۸

موضوع:خیارات

شناسه افزوده:شهید اول، محمدبن مکی، ۷۸۶ - ۷۳۴. اللمعه الدمشقیه. برگزیده. شرح

شناسه افزوده:جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. دفتر انتشارات اسلامی

رده بندی کنگره:BP۱۸۲/۳/ش۹ل۲ ۸۰۱۲ ۱۳۸۰

رده بندی دیویی:۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی:م ۸۲-۱۸۵۸۹

ص: ۱

اشاره

مقدّمه التحقيق

اشاره

الحمـد للّه كلّمـا وقب ليـل و غسق و كلّما لاح نجم و خفق، و الصـلاه و السـلام على أشـرف من برأه و خلق، محمّـد الفاتـح لما استُقبل و الخاتم لما سبق، و على أهل بيته المطهّرين من كلّ دنس و المعصومين من كلّ زلق، و اللعن على كلّ من بغى عليهم و بثق.

و بعـدُ، من المبـاحث الّتى لهـا مكـانه خـاصّه فى الفقه الإسـلامى «مبحث الخيارات» من كتاب المتاجر، و لـذلك ألّف جمع من الفقهاء المتأخّرين فى هذا المبحث كتباً مستقلّه، عِلاوهً ممّا حقّقوا من أحكامها فى المتاجر.

و من تلكمُ الكتب هـذا السـفر الثمين، و هو شـرح اسـتدلالىّ مبسوط على مبحث خيارات «اللمعه» للشـهيد الأوّل قـدس سـره من أتقن و أشهر المتون الفقهيّه.

استسـعدت مؤسّـستنا بتقديم هذا الكتاب القيّم محقّقاً إلى معاهد الدراسات الإسـلاميّه، شاكره للفضـلاء الّذين ساهموا فى إنجاح هـذا المشـروع، و تخصّ بالـذكر الفاضـل النبيل سـماحه الحجّه «الشـيخ جعفر النجفى» بما اقترح علينا بإحياء هـذا الأثر المنيف و تفضّـل علينـا بإعطـاء نسـخته المطبوعه بعـد ما عُنى به من مقابلتها ببعض المخطوطات، و كـذلك الفاضل الجليل سـماحه الحجّه «السيّد إسـماعيل مير أشـرفى الأـراكى» بمـا تحمّله من أعباء تصـحيحه و تحقيقه و تخريـج مصادره، و سـماحه المحقّق الفاضـل «الشيخ أحمد المحسنى السبزوارى» لمراجعته النهائيّه و اعتنائه بإشباع الكتاب تدقيقاً، جزاهم اللّه عن الشريعه الغرّاء خير الجزاء.

و رأينا من المناسب أن نذكر نبذاً من حياه المؤلّف قدس سره مكتفين بما أورده السيّد الأمين قدس سره فى أعيان الشيعه:

[موجز من حياه المؤلّف قدس سره]:

كان عالماً فاضـلًا ورعاً زاهـداً عابـداً فقيهاً اصوليّاً مجتهداً محقّقاً مدقّقاً شاعراً أديباً، جليل القدر عظيم المنزله، و له مشاركه جيّده فى العلوم العقليّه و الأدبيّه،

رأسَ بعد أخيه الشيخ موسى و تصدّر للتدريس و الإفتاء مع كثره مراعاه الاحتياط، مهيباً وقوراً، كثير الصمت ذاكراً للّه تعالى فى أغلب أوقاته مواظباً على عبادته فى نوافله و واجباته، آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، لا تأخذه فى اللّه لومه لائم. و كان أبوه يصحبه فى أسفاره و يفديه بنفسه إذا عبّر عنه، كما يدلّ على ذلك رسالته الّتى كتبها فى أصفهان باستدعائه، و كان مصاحباً له فى سفره ذلك.

قرأ على أبيه و تخرّج به و تفقّه عليه. و أقبل على الأخذ منه و التخرّج به خلق فى النجف و كربلاء، و كان يقيم فى السنه ثلاثه أشهر أو أربعه فى كربلاء فى داره الّتى كانت فيها باستدعاءٍ من طلبتها للحضور عليه، فيزدحم عليه طلبه العجم الّذين يقرءون على شريف العلماء المازندرانى؛ و منهم السيّد إبراهيم القزوينى (صاحب الضوابط) و ممّن تخرّج عليه من مشاهير الفقهاء و الاصوليين الشيخ مشكور الحولاوى، و الشيخ مرتضى الأنصارى، و الآخوند زين العابدين الگلپايگانى، و الشيخ جعفر التسترى، و الشيخ أحمد الدجيلى، و الشيخ حسين نصّار، و الشيخ طالب البلاغى، و الميرزا فتّاح المراغى (صاحب العناوين) و أغلبها تقرير دروسه، و صهره السيّد مهدى القزوينى، و ابن اخته الشيخ راضى ابن الشيخ محمّد، و السيّد علىّ الطباطبائى، و السيّد حسين الترك، و الحاج ملّا علىّ ابن الميرزا خليل الطبيب، و الشيخ مهدىّ ابن المترجم و غيرهم.

لم يعن كثيراً بالتأليف فى الفقه، قيل له فى ذلك، فقال: أبانى جيّده و أبيت رديئه. لم يصنّف سوى شرحه على الروضتين، جمله من أبواب البيع إلى آخر الخيارات، و طُبعت الخيارات منه فقط فى طهران.

و فى عصره اشتهر صاحب الجواهر حتّى صار يُعدّ نظيراً له، و لكنّه لم يَفُقْه. و يقال: إنّه لمّا كان أمر التقليد مردّداً بينهما اجتمع جماعه لتعيين الأفضل منهما، فرجّحوه على صاحب الجواهر، فسأل صاحب الجواهر بعضهم قائلًا: ما فعلت سقيفه بنى ساعده؟ فأجابه: قدّموا علياً! فاستقلّ الشيخ محمّد حسين بالتدريس من ذلك اليوم حتّى انتهت إليه الرئاسه؛ و كأنّه إلى ذلك يشير الشيخ عبد الحسين آل محيى الدين فى أبياته اللاميّه الهائيّه، و ذكرت فى ترجمه الشيخ محمّد ابن الشيخ

علىّ ابن الشيخ جعفر. و ينقل عنه: أنّه كان يطوف ليلًا على الأرامل و اليتامى و يدفع لهم صرر الدراهم و لا يخبرهم بنفسه تأسّياً بأئمّته الأطهار. و كان أخوه الشيخ موسى بنى أساس المسجد الّذى بجنب مقبرتهم، ثمّ توفّى قبل إتمامه، فأتمّه هو و كان يقيم فيه الجماعه.

ورد إلى كربلاء لبعض الفتن الّتى وقعت فى النجف مع أخيه الشيخ موسى، فأكبّ عليهما الفضلاء من أهل العلم، و كانت كربلاء يومئذٍ هى محطّ الطلبه، فيها ألف فاضل من علماء إيران يحضرون دروس شريف العلماء، فحضر بعضهم درس الشيخين فاستحسنوا فقههما، و كانا يدرّسان الفقه لا غير. ثمّ عاد المترجم بعد ستّه أشهر مع أخيه الشيخ موسى إلى النجف. و فى تلك السنه توفّى شريف العلماء، فورد النجف ألف طالب من طلبه كربلاء و سكنوا النجف حبّاً بدرس المترجم و أخيه الشيخ موسى. ثمّ توفّى الشيخ موسى فاستقلّ الشيخ على بالتدريس، و منها صارت النجف مرجعاً لأهل العلم من إيران و قبلها كربلاء و لم يكن فى النجف طلبه من إيران (انتهى).

ثمّ ذكر من شعره قصيده، و مدحاً فى أمير المؤمنين عليه السلام و مرثيتين لسيّد الشهداء أبى عبد اللّه الحسين صلوات اللّه عليه، راجع أعيان الشيعه: ج ۸ ص ۱۷۸۱۷۷.

و لا يفوتنا فى الختام أن نشير إلى وصف النسخ الّتى اعتمدنا عليهما، و هى:

۱ المطبوعه بطهران عام ۱۲۱۹ المتوفّره فى المكتبات.

۲ مخطوطه محفوظه فى مكتبه «آستان قدس رضوى» و هذه ناقصه تبتدئ من أوائل خيار الشرط و تنتهى إلى أواسط خيار الاشتراط.

۳ مخطوطه محفوظه فى مكتبه «مركز إحياء التراث الإسلامى» بقم، يبدو منها أنّها بخطّ المؤلّف قدس سره فقدت من أوّلها و خلالها و آخرها ممّا هو بخطّه أوراق، فاستُنسخت من نسخه اخرى و اكملت، فللّه الحمد و له المنّ.

مؤسّسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرّسين بقم المشرّفه

[الفصل التاسع الخيار فی الخيار]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«الفصل التاسع (۱) فی الخيار»

لا ريب أنّ ثبوت الخيار علی خلاف القاعده، لأنّ الأصل فی البيع اللزوم.

و هذا الأصل إمّا بمعنی الظاهر، و ذلك لأنّ الظاهر من صيغه البيع بحسب دلالتها عرفاً و قصد المتعاقدين لها الدوام، فمعنی بعتك مثلًا ملّكتك علی الدوام، فهی مقتضيه بذاتها لثبوت مقتضاها علی الدوام فلا ينتقض إلّا بدليل، و فيه تأمّل.

أو بمعنی الاستصحاب، لأنّ الأصل دوام ما كان سواء قلنا ببقاء الأكوان و احتياجها إلی المؤثّر أو قلنا بعدمه و عدم احتياجها استناداً إلی العرف و الشرع. فكلّ ما صدر من عباره أو عقد أو إيقاع أو حكم يحكم ببقاء حكمه حتّی يثبت المزيل له، و الخيار مبنیّ علی رفع البقاء علی بعض الوجوه. فما يقال: من أنّ الخيار هو القدره علی الفسخ و لا ملازمه بينه و بين الفسخ الفعلی و المضادّ للاستصحاب إنّما هو الثانی لا الأوّل، لا وجه له، لأنّ انتفاء الأوّل بانتفاء الثانی حيث ينتفی شرعاً، فتأمّل.

أو بمعنی الغالب بمعنی أنّ الغالب فی البيع اللزوم حيث يراد عموم الأزمان و الأفراد، و لا ينافی ذلك اقتضاء المصلحه بعروض الجواز عليه فی بعض الأزمان كزمان عدم التفرّق أو فی بعض المواطن كأسباب الخيار المشهوره أو فوات شرط معيّن أو وصف معيّن، أو عروض الشركه قبل القبض أو تبعيض الصفقه و نحو ذلك،

۱- من فصول كتاب المتاجر من اللمعه الدمشقيّه.

أو عروض الفسخ بالإقاله أو الانفساخ بالتلف قبل القبض و التحالف عند التخالف فی تعیین المبیع و الثمن فی وجه، إلی غیر ذلک.

أو بمعنی القاعده المستفاده من الإجماع کما نقله غیر واحد و من الکتاب و السنّه من قوله تعالی: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (۲) لأنّ الأمر للوجوب و الجمع المحلّی للعموم، و کذا الموصول و خطاب المشافهه إمّا عامّ بأصله کما ذهب إلیه من یعوّل (۳) علی رأیه (۴) أو باعتبار الخطاب التعلیقی أو باعتبار الدلیل الخارجی، و الوفاء بها عباره عن العمل بمقتضاها.

و فیه: أنّ تعقیبه بقوله تعالی: «أُحِلَّتْ» یفید أنّ المراد ما عقده اللّه تعالی فی رقاب عباده من الأحکام.

و یجاب بأنّه ربّما کان کلاماً منقطعاً، و بأنّ العقود قد یراد بها الأعمّ و هذا قسم من الأحکام.

و فیه أیضاً: أنّ الوفاء بالمستحبّ العمل به مرّه و ترکه اخری، فمن ترک لا یعدّ غیر واف.

و من هنا تری بعض الأصحاب یستدلّون بالآیه الشریفه فی باب العقود الجائزه باعتبار أنّ المراد وجوب الوفاء بمقتضاها.

و یجاب بأنّ الصیغ بنفسها لا یقتضی الجواز و لا دلاله لها علیه و إنّما هو حکم مستفاد من الشرع، و ظاهر الآیه الشریفه وجوب الوفاء بالعقد بنفسه و بما یقتضیه بحسب ذاته لا بما استفید من حکمه شرعاً إلّا بتقدیر و إضمار.

مع أنّ المفسّرین و الفقهاء أعرف بمواقع الألفاظ و قد فهموا منه ذلک.

علی أنّه مع استفاده حکم العقد من الشرع جوازاً أو لزوماً لا حاجه إلی الاستدلال بالآیه.

و علی ما قرّرنا فالعقود الجائزه و اللازمه ذات الخیار علی خلاف الأصل.

۱- المائده: ۱.

۲- عوالی اللآلی ۱، ۳: ۲۱۸، ۲۹۳، ۲۱۷.

۳- فی نسخه: لا یعوّل.

۴- الوافیه: ۱۱۹.

و اورد هنا سؤال و هو أنّ البيع لا ينفكّ عن خيار المجلس فيكون الأصل فی البيع ثبوت الخيار لا اللزوم.

قال صاحب الوافيه: إنّ قولهم: «الأصل فی البيع اللزوم» ليس له وجه، لأنّ خيار المجلس ممّا يعمّ أقسام البيع (۱).

و فی الكفايه: الأصل فی العقود اللزوم و وجوب الوفاء بها، خرج البيع بالنصّ فيبقی الباقی علی أصله (۲) انتهی.

و اجيب بأنّ طروّ الجواز عليه فی بعض الأحيان لا ينافی كون مشروعيّته علی اللزوم، فالافتراق فی الحقيقه رافع للمانع لا جزء من المقتضی و المقتضی، للزوم العقد بمقتضی ذاته.

أ لا تری أنّه لو اشترط سقوطه و بقی العقد بمقتضی ذاته سليماً من المعارض قضی باللزوم.

علی أنّه لو لم ينفكّ البيع عن خيار المجلس لربّما أمكن القول بذلك.

و من المعلوم انفكاكه فی عدّه مواضع: كما إذا اشترط سقوطه، أو اشتری من ينعتق عليه، أو اشتری ليرث، أو أسلم عبد الذمّی و بيع عليه، أو قهر الحربی قريبه و باعه، أو اشتری العبد نفسه إن جوّزناه. و كما فی ذی الحقوين، أو عقد الواحد عن اثنين عند بعض إلی غير ذلك.

قال المصنّف: «و هو أربعه عشر قسماً».

ذكر هذا العدد لا أری له وجهاً، لأنّه إن بنی علی التداخل لم يكن أربعه عشر، و إن بنی علی اختلاف الصور زادت ضعف الأصل و أكثر، إذ من جملتها: خيار الشفعه إذا كان الشفيع وحيداً، و خيار الخيار إذا باع و كان فيه خيار لغيره، و خيار المرابحه بناءً علی استقلاله، و خيار الواطئ إذا وطئ الجاريه مولاها و باعها ناسياً أو عاصياً لاحتمال صيرورتها امّ ولد، و خيار مستحقّ قصاص النفس أو قصاص الطرف من العبد، و خيار مستحقّ الحدّ رجماً أو قتلًا أو مطلقاً، و خيار

۱- الوافيه: ۱۹۸.

۲- الكفايه: ۹۲ س ۲۹.

الجلّال، و خیار الموطوء من الحیوان من المرکوب، و خیار الکفر لضرر السؤر، و خیار المکاتب قبل تحریر بعضه لو أجزنا بیعه، و خیار خوف حدوث العیب، و خیار خوف التلف لکون العبد فی الحرب أو فی محلّ الطاعون، و خیار فساد العقیده من أهل الإسلام، و خیار التنجیس إلی غیر ذلک.

و کما یرجع کثیر ممّا ذکر إلی العیب أو التدلیس و نحو ذلک، یرجع، ما ذکر المصنّف أیضاً من خیار الشرکه و التبعیض و نحوهما إلیهما، فلا وجه للحصر.

إلّا أن یقال: إنّ ما ذکره أعمّ و أشمل ممّا ذکرنا، فیرید الحصر بالنسبه إلی ذلک، و بناء الأصحاب فی هذا الباب علی ذکر أقسام الخیار العامّ البلوی الکثیره الدّوران المتعرّض لها فی الروایات الّتی لا یرجع بعضها إلی بعض.

فمن هنا اقتصر بعضهم علی خمسه (۱) و آخرون علی ثمانیه (۲) و المصنّف فی الدروس علی تسعه (۳). و الأمر فی ذلک سهل.

۱- الشرائع ۲: ۲۱.

۲- الکفایه: ۹۱، س ۱۵، الحدائق ۱۹: ۳.

۳- الدروس ۳: ۲۶۵.

[الأوّل خيار المجلس]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«الأوّل: خيار المجلس».

هـذه الإضـافه من بـاب إضافه الحالّ إلی المحلّ و ليست من باب إضافه المسبّب إلی السـبب كخيار الغبن و العيب. و جعلها من هذا القبيل كما فی مجمع البرهان (۱) بعيد إلّا أن يراد معنی آخر.

و إضافته إلی موضع الجلوس مع كونه غير معتبر فی ثبوته:

إمّا لأغلبيّه هـذا الفرد، و نـدره وقوع ما عداه فهو بحكم العدم فلا يكون داخلًا فی العباره بل مسـكوتاً عنه يعلم من خارج، فاللفظ علی حقيقته.

أو بدعوی الحقيقه العرفيّه الجديده، و هو غير بعيد كما يشهد به التبادر و كثره الاستعمال.

أو بدعوی المجازيّه تجوّزاً فی إطلاق بعض أفراد الحقيقه علی تمام معناها.

و علی كلّ حال فهذا الخيار ثابت بالإجماع محصّلًا و منقولًا نقلًا مستفيضاً، و بالنصوص و هی فی ذلك مستفيضه:

منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار

۱- مجمع الفائده ۸: ۳۸۳.

ثلاثه أيّام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا (۱).

و صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله: المتبايعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثه (۲).

و صحيحه الفضيل بن يسار: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (۳).

و صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله: البيّعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثه أيّام (۴).

و صحيحه الحلبىّ أو حسنته عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قال أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهو بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع (۵). إلى غير ذلك من الروايات.

فما رواه غياث بن إبراهيم فى الموثّق عن علىّ عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا» (۶) شاذّ لا يصلح معارضاً لما سبق.

و قد حمله الشيخ على استباحه الملك قبل الافتراق و إن جاز الفسخ قبله. و جوّز حمل الافتراق المنفىّ على البعيد دون القليل الملزم (۷).

و قد تحمل على أحد المقامات الّتى يسقط فيها هذا الخيار كاشتراط سقوطه، أو بيعه ممّن ينعتق عليه و نحو ذلك. أو معنى الصفقه الرضا بالبيع و الالتزام به.

و على كلّ حال فهى إمّا مؤوّله، أو مطّرحه، أو محموله على التقيّه، فإنّ

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخيار، ح ۳.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخيار، ح ۶.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۳ ب ۱ من أبواب الخيار ح ۳.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۴۵ ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۱.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۴۸ ب ۲ من أبواب الخيار، ح ۴. و فيه: فهما بالخيار.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۴۷ ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۷.

۷- التهذيب ۷: ۲۱ ذيل، ح ۸۷، الاستبصار ۳: ۷۳ ذيل، ح ۴.

هذا مذهب أبی حنیفه (۱) و هو من جمله المطاعن الّتی طعن فیها فی مخالفه قوله لقول النبیّ صلی الله علیه و آله.

[و هو مختصّ بالبیع]

قال المصنّف: «و هو مختصّ بالبیع»

کما فی الخلاف و الغنیه و الشرائع و النافع و المختلف و التحریر و القواعد و الإرشاد و التنقیح و المسالک و الکفایه (۲)، للأصل، و للإجماع المنقول.

و قد نسبه إلی علمائنا فی التذکره و تعلیق الإرشاد و مجمع البرهان (۳). و فی المسالک: أنّه لا خلاف فیه بین علمائنا (۴).

و فی الخلاف: الإجماع علی أنّه لا یدخل فی الوکاله و العاریه و القراض و الحواله و الودیعه (۵).

و منع فی المختلف إجماع الخلاف، لأنّ ثبوت الخیار مطلقاً یستلزم ثبوته فی المجلس (۶).

و فیه: أنّ الممنوع خیار المجلس دون الخیار فیه، فإن أرادوا الثانی کان النزاع لفظیّاً.

و خالف فی ذلک الشیخ فی المبسوط و القاضی و الحلّی، فأثبتوه فی نحو العاریه و الودیعه و القراض و الوکاله و الجعاله (۷).

و هو ضعیف، لأنّ جوازها أصلیّ و الخیار فیها عامّ لا یقبل السقوط فلا تأثیر

۱- المجموع ۹: ۱۸۴.

۲- الخلاف ۳: ۱۳ ذیل المسأله ۱۱، و المسأله، الغنیه: ۲۲، الشرائع ۲: ۲۳، المختصر النافع: ۱۲۲، المختلف ۵: ۶۲، التحریر ۱ ص ۱۶۸ س ۱، القواعد ۲: ۶۴، الإرشاد ۱: ۳۷۴، التنقیح ۲: ۴۳، المسالک ۳: ۲۱۱، الکفایه: ۹۲ س ۲۸.

۳- التذکره ۱: ۱۶ ۵ س ۱۳، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۳۳، مجمع الفائده ۸: ۳۸۸.

۴- المسالک ۳: ۲۱۱.

۵- الخلاف ۳: ۱۳، المسأله ۱۲.

۶- المختلف ۵: ۷۳.

۷- المبسوط ۲: ۸۲، المهذّب ۱: ۳۵۶، السرائر: ۲: ۲۴۶.

للمجلس، بخلاف الجواز العارضی فی اجتماع الخیارین باختلاف الحیثیّتین، فإنّه یمکن أن یسقط أحدهما و یبقی الآخر.

و قد یقال: إنّه یمکن أن یکون ذلک من الحکم الشرعی التعبّدی و التداخل القهری و إن لم یکن له تأثیر لحکمه لا نعلمها و قد تظهر ثمرته فی مثل النذر و نحوه فلا یلزم العبث علی الحکیم فیه غیر أنّ الدلیل منع منه و هو ضعیف.

و تأوّل کلامهم الشهید فی الدروس بقصد منع التصرّف فی المجلس (۱).

و هو مع أنّه غیر معنی الخیار و خاصّ بأحد الطرفین لا دلیل علیه. کیف و الإذن المسوّغ للتصرّف حاصل بالعقد.

بل قد یقال بعدم معقولیّه مثل ذلک فی الودیعه، لامتناعه فیها مطلقاً.

اللّهمّ إلّا أن یراد بالتصرّف التصرّف فیما یتعلّق بالحفظ، و هو بعید.

و علی تقدیر اختصاصه بالبیع کما هو الأصحّ یعمّ جمیع أقسام البیع من السلم و النسیه و المرئیّ و الموصوف و نحوها کما فی التذکره و تعلیق الإرشاد (۲) للإجماع المنقول (۳) و عموم الدلیل.

و المشکوک فی کونه بیعاً یرجع فیه إلی الأصل.

و أخذ الأرش من الجانبین لیس بیعاً، فلا یجری فیه خیار المجلس و إن ثبت فیه الربا، لأنّ بناء الربا علی کلّ ما استند إلی العقد و لو بالسبب، کما لا یجری فیما ملک بالشرط کأن یشترط علیه ملکیّه شی ء بآخر فی عقد البیع.

و یسقط هذا الخیار بالنظر إلی الأصل، فإنّه لا یجری بالنسبه إلی الشرط فیما لو أراد الفسخ فیه، لأنّه لیس بیعاً.

اللّهمّ إلّا أن یقال: إنّ الشروط کالشطور و هی لا تتبعّض فی الخیار، و کما

۱- الدروس ۳: ۲۶۸.

۲- التذکره ۱: ۵۱۶ س ۱۹، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۳.

۳- راجع مجمع الفائده ۸: ۳۸۹.

يتبع فى الفسخ يتبع فى الالتزام و لا معنى للتفكيك، فلا يجرى الخيار فيها على كلّ من الوجهين.

و يجرى فى القباله و التوليه و التشريك بناءً على أنّها من البيع.

أمّا المعاطاه فإن لم يكن بيعاً فلا كلام، و إن كانت منه كما هو الأقوى فلا يجرى فيها خيار المجلس، لأنّها من العقود الجائزه.

نعم قد يقال بجريانه فيها بعد التصرّف الملزم لها.

و فيه: أنّ التصرّف مسقط للخيار فكيف يثبت الخيار به، مع أنّه بعد خروجها من دليل الخيار كيف تدخل فيه بعد ذلك.

اللّهمّ إلّا أن نقول بأنّ التصرّف المسقط للخيار هو المتعقّب له لا ما ثبت الخيار بسببه و هو بعيد سيّما على القول بإسقاطه الخيار لكشفه عن الرضا بالعقد.

و على تقديره فهل المدار فى التفرّق على مجلس المعاطاه فيختصّ ما إذا وقع التصرّف فيه، أو مجلس التصرّف و إن افترقا عن الأوّل؟ وجهان.

أمّا مثل صيغه «ملّكت» عند الإطلاق إن بنينا على أنّ البيع أصل فى نقل الأعيان كانت من البيع و جرى فيها خيار المجلس و لا يعارض ذلك أصل لزوم العقد، و إلّا فلا.

و حيث اعتبر فيه البيع لم يجز فى باقى العقود من صلحٍ و غيره سواء قلنا بقيام الصلح مقام البيع أو لا، إذ الظاهر أنّ الشيخ لا يقول بأنّ ما كان من الصلح فى مقام البيع قسم من البيع، بل يقول: هو صلح قائم مقام البيع (۱) و فرق بين الأمرين.

و اعلم أنّ الشارح قال: «و يثبت للمتبايعين» (۲) و ظاهر كلامه ثبوت هذا الخيار لكلّ من المتعاقدين مطلقاً كما يظهر من بعض كلماتهم، و ليس كذلك بل للمالكين و الوليّين و الملفّقين.

و أمّا الوكيلان و الملفّق من الوكيل و غيره فإن كانت الوكاله على العقد وحده، فلا خيار لهما بل للمالكين. و إن شملت وكالتهما الخيار كأن يوكّلا فيه بعد العقد فى

۱- راجع المبسوط ۲: ۲۸۸.

۲- الروضه البهيّه ۳: ۴۴۸.

المجلس أو قبل العقد بناءً على صحّه التوكيل فيما لا يملكه الموكّل حين العقد من التوابع كما هو الأقوى سواء حصل ذلک بمجرّد التوكيل فی العقد لأنّه من التوابع أو مع النصّ علیه بالخصوص و تظهر الثمره بالنسبه إلى الأوّل فيما إذا نصّ على العدم كان الخيار للوكيلين و الأصيلين فالوكيل على العقد فقط سبب مؤثر لا مختار.

و قد يقال بثبوت الخيار له حكماً شرعيّاً و إن لم يرض به المالک، لأنّ الموجود فی أكثر الروايات «البيّعان» (۱) و فی بعضها «التاجران» (۲).

و البيع إمّا نفس الإيجاب و القبول أو النقل و الانتقال، و على كلّ منهما فهو صادق عليه كما هو ظاهر.

بل يشكل ثبوت الخيار للمالک معه حينئذٍ بل و مع الوكيل المتصرّف، إذ ليس هو «بيع» بكلّ من المعنيين مع أنّ الظاهر من ضمير «ما لم يتفرّقا» العود إلى العاقد.

اللّهمّ إلّا أن نقول: إنّ الفرد الظاهر من «البيّع» إنّما هو مالک التصرّف أصاله أو ولايه أو وكاله كما تقضی به اللغه و العرف و الوكيل على نفس الصيغه من الأفراد النادره، أو أنّ الظاهر منه خصوص المالک عاقداً كان أو لا و الوكيل و الولیّ إنّما يعلم من خارج من دليل الوكاله و الولايه، أو يختصّ به المالک العاقد بناءً على أنّه الغالب فقط و يعلم حكم المالک غير العاقد من خارج للقطع بإلغاء الخصوصيّه مع أنّ كونه عاقداً ليس من القيود المصرّح بها كما أنّه يعلم حكم العاقد غير المالک من خارج أيضاً.

و من هنا أشكل الحكم فی أنّ المعتبر فی التفرّق تفرّق الوكيلين أو المالكين أو الجميع أو كلّ بالنظر إلى خيار نفسه لا خيار الآخر.

و الظاهر أنّ المدار على تفرّق العاقدين أصيلين أو وليّين أو وكيلين أو مختلفين، فلو عقد الوكيل بحضره الأصيل فلا اعتبار بالأصيل بل المدار على الوكيل.

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۴۹ ب ۱، ۳ من أبواب الخيار، ح ۱- ۳، ۶.

۲- الوسائل: ۳۴۶ ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۶.

و لا ینافی ذلک ما تقدّم من ثبوت الخیار للأصیل و الوکیل و دخول الأصیل تحت مدلول الروایه.

و مع ذلک لا- یلزم التخالف بین الضمیر و مرجعه فیها، لوجود القرینه الدالّه علی مرجع الضمیر فی قوله: «ما لم یفترقا» إلی العاقدین و هی ذکر طروّ الافتراق المقتضی لسبق الاجتماع للعقد و هو بعید، أو باعتبار الاحتمال الأخیر و هو أنّ المراد بالبیّعین المالکین العاقدین لأنّه الغالب و العاقد غیر المالک و المالک غیر العاقد یعلم من خارج بالنظر إلی الخیار و مسقطه، و هو غیر بعید و یرشد إلی ذلک التعبیر فی بعض الروایات بالتاجرین (۱).

[و یسقط بأمور]

[باشتراط سقوطه فی العقد]

قال المصنّف: «و یسقط باشتراط سقوطه فی العقد»

للأصل و الإجماع (۲) و عموم الکتاب (۳) و الصحیح الوارد فی الشروط (۴). و الخبر الصریح (۵) و علیه یحمل الآخر «البیّعان بالخیار إلّا بیع الخیار» (۶) أو علی خیار الشرط فإنّه باقٍ و إن تفرّقا.

و یؤیّده الاعتبار فإنّ الأغراض تتعلّق بلزوم العقد تارهً و بجوازه اخری.

و بذلک کلّه یتقیّد إطلاق الأخبار المستفیضه و إن کان بینها و بین أدلّه الشروط عموم من وجه، و تترجّح هی بقلّه الأفراد، مع التأمّل فی شمولها لمحلّ الفرض لمکان تبادر غیره عدا صحیحه الحلبی (۷) فإنّ العموم فیها لغویّ.

و ثبوت الخیار مقتضی العقد المطلق لا العقد المشروط فیه إسقاطه، فلا منافاه فیه لمقتضی العقد، و إلّا لاستلزم عدم صحّه شی ء من الشروط فی شی ء من العقود.

و جواز هذا العقد من الآثار الشرعیّه الخارجه عن مقتضی ذات العقد، فلیس

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۷، ب ۱ من أبواب الخیار، ح ۶.

۲- الغنیه: ۲۱۷.

۳- المائده: ۱.

۴- الوسائل ۱۵: ۳۰، ب ۲۰ من أبواب المهور، ح ۴.

۵- الوسائل ۱۶: ۹۵، ب ۱۱ من أبواب المکاتبه، ح ۱.

۶- مسند أحمد: ج ۲ ص ۴.

۷- الوسائل ۱۲: ۳۴۶، ب ۱ من أبواب الخیار، ح ۴.

اشتراط سقوطه كاشتراط اللزوم فی العقود الجائزه من الهبه و العاریه و الودیعه و إن كان كلّ منهما إسقاط للتسلّط علی الفسخ.

مع أنّه یمكن القول به كما سیأتی، إلّا أن یقوم إجماع علی خلافه.

و لا یفترق الحال فی صحّه هذا الشرط بین القول بأنّ الشروط مثبته للغایات كالأسباب فیكون علی وفق القاعده و عدمه، لقیام الدلیل علیه بالخصوص.

و الظاهر أنّ المدار فیها علی المقارن، فلو تقدّم أو تأخّر لم یلزم، خلافاً لظاهر الخلاف و الجواهر فی الأوّل (١) و هو شاذّ، لإطباقهم علی خلافه، و لإطلاق النصّ المثبت للخیار، إلّا أن نقول: إنّه بحكم التبادر مختصّ بغیر محلّ الفرض. و فیه: أنّ فیه ما عمومه لغویّ.

ثمّ إنّ النصوص المستفیضه الوارده فی باب النكاح الدالّه علی عدم اعتبار الشروط قبله (٢) شامله للمقام عموماً أو فحویً. و تنزیله علی ما وقع قبل تمام العقد أو علی الشرط المضمر المدلول علیه بالقرینه ممكن. و الحقّ اعتباره كما تقدّم فی باب المرابحه. و لا ینافی ذلك إطلاق الروایات بعدم اعتبار الشروط المتقدّمه فی باب النكاح (٣) لأنّ هذا من المقارن، و السابق دلیل علیه.

و لعلّه أراد هذا بقوله فی المختلف: أنّهما لو شرطاه قبل العقد و تبایعا علی ذلك صحّ ما شرطاه (۴).

و لظاهر المختلف فی الثانی (۵) لعدم الدخول تحت دلیل الشرط. و لعلّه أراد بالمتأخّر فی مقابله الواقع فی الأثناء أو باعتبار دلالته علی الرضا یكون مسقطاً للخیار و مُلزماً للعقد.

ثمّ إنّ شرط سقوط خیار المجلس قد یكون لتمامه، و قد یكون للبعض لمبدئه أو لآخره أو لوسطه مع ضبط المدّه، كما إذا علما أنّهما یمكثان فی المكان زماناً

١- الخلاف ٣: ٢١ المسأله ٢٨، جواهر الفقه: ۵۴، المسأله ١٩۵.

٢- الوسائل ١۴: ۴۶٨، ب ١٩ من أبواب المتعه ح ١ و ٢.

٣- المصدر السابق.

۴- المختلف ۵: ۶٣.

۵- عطف علی قوله: خلافاً لظاهر الخلاف.

معيّناً. فقد يكون جواز بعد لزوم فى المجلس. و قد يكون لزوم بعد جواز. و قد يكون جواز بين لزومين.

و يحتمل القول بعدم جواز مثل ذلك، بل إمّا أن يسقط الكلّ باشتراط سقوط البعض. أو يقع اشتراط سقوط البعض لاغياً لا باعتبار أنّه إسقاط للحقّ كما فى نفقه الزوجه بالنسبه إلى المستقبل فإنه ضعيف باعتبار تقدّم سبب ثبوته و هو العقد بل باعتبار أنّه حقّ بسيط لا يقبل التبعيض، و ليس كخيار الحيوان مغياً بالثلاثه أيّام. و جعل الغايه فيه التفرّق و إن استلزم الزمان. إلّا أنّه فيه اتّفاقى كالتراخى فى الخيار المتراخى، فتأمّل.

و على هذين الوجهين يبتنى اشتراط سقوط خيار المجلس فى بعض المبيع دون بعض، فإنّ الظاهر انّه التزام بالجميع أو يقع باطلًا، كيف لا! و الالتزام متفرّع على الفسخ و الفسخ لا يتبعض، لأنّه إذا التزم بالبعض فلا يخلو إمّا أن يصحّ له أن يفسخ بالبعض الآخر أو لا، فإن صحّ جاز التبعيض و إلّا فإمّا التزام بالكلّ أو فسخ فى الكلّ فلا التزام بالبعض.

و ما يقال: من أنّ الإيجاب إسقاط حقّ و لصاحب الحقّ أن يسقط حقّه كيف شاء و الناس مسلّطون على أموالهم، لا وجه له إذ لا بحث فى أنّ له الإسقاط كيف شاء لأصل الإباحه.

و إنّما الكلام فى ترتّب السقوط الشرعى على إسقاطه، و هو ممنوع كما عرفت.

[و باسقاطه بعده]

قال المصنّف: «و باسقاطه بعده»

منهما أو من أحدهما، للإجماع المنقول عن الغنيه و التذكره و ظاهر الخلاف (۱). و هو الحجّه المقيّده للأصل و لإطلاق ما مرَّ من المستفيضه المثبته للخيار فى المسأله. مضافاً إلى مفهوم بعض المعتبره الوارده فى خيار الحيوان، و فيه: فإن أحدث المشترى حدثاً قبل الثلاثه فذلك رضىً منه و لا شرط له (۲).

۱- الغنيه: ۲۱۷، التذكره ۱: ۵۱۷ س ۱۹، الخلاف ۳: ۲۱، المسأله ۲۷.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵ ب ۴ من أبواب الخيار، ح ۱.

و لانحصار الحقّ فيهما فيسقط بإسقاطهما.

و لأنّ فسخ اللازم بالتقايل يقتضى لزوم الجائز بالتخاير.

و لأنّه سقط بالافتراق لدلالته على الرضا، و التخاير صريح فى ذلك.

و يحصل التخاير بالإيجاب منهما و من أحدهما مع رضاء الآخر. و لو أمضاه أحدهما دون الآخر، فإن فسخ انفسخ البيع و إلّا اختصّ بالخيار.

و إنّما لم يتعرّض المصنّف لاشتراط الإسقاط بل اقتصر على شرط السقوط، لعدم حصول السقوط بمحض الاشتراط بل يتوقّف على الإسقاط، و مع عدمه يثبت خيار الاشتراط، فهو راجع إلى ما ذكر من الإسقاط.

و احتمال العطف على المضاف إليه، ينافيه إعاده حرف الجرّ، مع استلزامه ترك ذكر الإسقاط الّذى هو أولى بالذكر (۱).

و على كلّ حال فشرط الإسقاط و السقوط قد يكون للبائع أو للمشترى أو لهما، أو للأجنبىّ مفرداً أو مع البائع أو المشترى أو معهما، فى ذلك العقد أو فى غيره، أو فيهما متّصل أو منفصل أو مختلف مع سبق الاتّصال و الانفصال، أو متّصل للبائع و منفصل للمشترى و ما عداه، أو متّصل للمشترى و منفصل فيما عداه، أو لهما كذلك، أو للأجنبىّ، أو للأجنبىّ مع أحدهما، أو معهما كذلك.

و الأقسام كثيره و يجى ء تحقيق الحال فى خيار الشرط و شرط الخيار.

ثمّ إنّه لا ريب فى سقوط الخيار بالمسقط اللفظى الصريح، لأنّ الخيار حقّ من الحقوق، فبإسقاطه يسقط.

و الظاهر أنّه من الإيقاعات لا من العقود، فلا يتوقّف على القبول بل هو كالإبراء.

و يسقط بالمسقط اللفظى الظاهر، و لا يشترط فيه ما يشترط فى صيغ الإيقاعات من العربيّه و الإعراب و نحو ذلك.

و يتأدّى بالحقائق و المجازات و بكلّ لفظ يدلّ على ذلك، سواء كان بلفظ الإسقاط أو غيره كأوجبنا البيع أو اخترناه أو التزمنا به و نحو ذلك، لأنّه ليس

۱- و لفظه «بعده» ظاهر فى خلافه. (هامش الأصل).

كالعقود المبنىّ فيها على النقل و الانتقال.

و هذا مشكل، لمنافاته للأصل من عدم سقوط الحقّ إلّا بالمتيقّن، و ظاهرِ إجماع الأصحاب من اعتبار الصراحه و غيرها فى الإيقاعات اللازمه كالطلاق و نحوه كما تعتبر فى العقود.

اللّهمّ إلّا أن يكون المخرج لذلك بخصوصه الإجماع، أو باعتبار الاتّفاق على السقوط بالفعل صريحه و ظاهره فى المقام و القول أولى منه، أو باعتبار التعليل بالرضا فى الروايات الصحيحه.

هذا كلّه فى المسقط القولى صريحه و ظاهره.

و أمّا المسقط الفعلى بقسميه فسيأتى البحث فيه (۱).

و أمّا السقوط بمحض النيّه و القصد و إن كان فى بعض الروايات (۲) إشاره إليه مؤيِّدهً بأنّ المدار على المدلول، و الدالّ إنّما يعتبر للدلاله، و حيث لا حاجه إلى الدلاله هنا للعلم بحال نفسه كان ذلك إسقاطاً، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب و طريقه الشرع عدم اعتبار ذلك فى مثله، كما لا يخفى على من تتبع فى نقل الحقوق و فكّها.

و لهذا انكر على الشيخ فى إثباته النذر بمجرّد النيّه (۳) و هو الموافق لمقتضى الأصل من ثبوت الحقّ. و التعليل بالرضا فى الروايات (۴) إمّا لبيان الحكمه أو علّه مقيّده بالإجماع، فافهم.

[و بمفارقه أحدهما صاحبه]

قال المصنّف: «و بمفارقه أحدهما صاحبه» (۵)

و لو بالأرواح فلو ماتا أو أحدهما حصل التفرّق، كما احتمله فى القواعد

۱- و يمكن إدخاله فى كلام المصنّف فيكون التصرّف مذكوراً فى كلامه، و لكنّه خلاف الظاهر كما فهم الشارح. (هامش الأصل).

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۷، ب ۲ من أبواب الخيار.

۳- المسالک ۱۱: ۳۹۷.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۴۶، ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۳.

۵- القواعد ۲: ۶۵، التذكره ۱: ۵۱۷ س ۳۹.

و التذکره و مال إلیه فی مجمع البرهان (۱) و استقربه فی تعلیق الإرشاد (۲) لأنّ مفارقه الدنیا أولی من مفارقه المجلس، و باعتبار أنّ ظاهر الروایات البیّعان بالخیار مع الحیاه، لعود ضمیر التفرّق إلیهما فمع الممات یسقط الخیار تبعاً لمتعلّقه أو بخصوص الأبدان، فلا عبره بالافتراق بالموت أو بالإدراک لعروض جنون أو نوم أو إغماء أو بالکلام أو بغیر ذلک کما فی جامع المقاصد و المسالک (۳) و هو الظاهر من کلام الأصحاب باعتبار أنّ المتبادر من التفرّق التباعد فی المکان، و هو ظاهر فی الجسم لا فی الروح، مع أنّ الروح لا ـ یعلم مُفارقتها للمجلس فیستصحب الحکم. و یستفاد من بعض الروایات بقاؤها مع المیّت (۴) فالأولویّه ممنوعه.

و ثبوت الخیار للوارث باستصحاب جواز العقد و بقوله علیه السلام: «من ترک حقّاً فهو لوارثه» (۵) المؤیّد بالشهره المحصّله و المنقوله و بإجماع الغنیه (۶) فی خصوص المقام بلفظه و بلفظ «عندنا» فی التذکره (۷) فی مطلق الخیار و بلفظ «نفی الخلاف» فی الریاض (۸). مضافاً إلی عمومات الإرث (۹) فدعوی التقیید بالحیاه ممنوعه.

ثمّ إنّ الوارث إن کان حاضراً قام مقام المیّت فی الخیار. و هل یقوم مقامه فی اعتبار التفرّق؟ باعتبار أنّ مفارقه المیّت للمجلس کمفارقه المکره الممنوع من الاختیار و کما انتقل هناک إلی مجلس الزوال للزوم الضرر ببقاء الخیار دائماً ینتقل هاهنا إلی مجلس الوارث و الأصل و فرعه ممنوعان، و هو قیاس لا نقول به أو یبقی الحکم معلّقاً علی المیّت و الآخر أو المیّتین؟ أو یقال ببقاء الخیار دائماً من غیر سقوط بالتفرّق کالعاقد الواحد علی أحد الوجهین؟ أو بالنسبه إلی المیّت و أمّا الآخر فیدور مدار ذهابه من المجلس کأحد الوجوه فی المکره؟ أو بثبوته فوراً؟ وجوه، أقواها الثانی عملًا بالاستصحاب.

۱- مجمع الفائده ۸: ۳۸۵.

۲- تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۳.

۳- جامع المقاصد ۴: ۲۸۷، المسالک ۳: ۲۱۵.

۴- بحار الأنوار ۶: ۱۶۱.

۵- موسوعه أطراف الحدیث النبوی ۸: ۱۸۵.

۶- الغنیه: ۲۲۱.

۷- التذکره ۱: ۵۳۶ س ۳۹.

۸- الریاض ۸: ۲۰۲.

۹- النساء: ۷، ۱۱، ۱۷۶.

و التفرّق هنا يصدق بانتقال الحىّ و بنقل الميّت مع عدم المصاحبه، و معها يبقى إلى أن يتفرّقا.

و إن كان غائباً قام فيه الاحتمال الأوّل و إن بعد ما بينهما و لم يعلم أحدهما بمكان صاحبه، أو السقوط بناءً على هذا الاحتمال لانتفاء المتعلّق، و هو عدم تفرّق المتبايعين. و تجرى فيه باقى الاحتمالات. و يزيد خامساً، و هو امتداده بامتداد مجلس الخبر، لتعذّر مجلس العقد، و دوام الخيار ضرر فينتقل إلى البدل كما فى مجلس الزوال فى المكره، و الأقوى فيه ما قوّيناه فى سابقه، و مجلس الخبر لا دليل عليه، فالقول به تحكّم.

هذا كلّه مع اتّحاد الوارث، فلو تعدّد فكذلك، إلّا أنّ ثبوت الخيار لكلّ واحد فى مجلسه إذا كان غائباً بعيد.

و لو اختلفا فى الفسخ و الإجازه قدّم الفاسخ. و فى انفساخ الجميع أو فى حصّه خاصّه ثمّ يتخيّر الآخر لتبعيض الصفقه وجهان، أجودهما الأوّل، و سيجى ء البحث فى المقامين.

و فى الدروس: فإن كانوا حضوراً أى الورّاث فى مجلس العقد فلهم الخيار إلّا أن يفارقوا العاقد الآخر. و لا ينقطع الخيار بمفارقه بعضهم، لأنّه لم يحصل تمام الافتراق، لأنّهم ينوبون عن الميّت جميعهم (۱) انتهى.

ثمّ انّه بناء على ثبوت الخيار للوكيل على نفس الصيغه و انتقال الخيار بالإرث فهل ينتقل بعد الموت إلى ورثه الوكيل أو إلى الموكّل؟ وجهان.

و فيما إذا عزل الوكيل أيضاً يجى ء الوجهان فى بقاء الخيار له أو انتقاله إلى الموكّل.

و حيث كان البناء على تفرّق الأبدان يجى ء الإشكال فيما لو ذهب بعض

۱- لم نعثر عليه فى نسخ الدروس، و العباره بعينها وردت فى مفتاح الكرامه ۴: ۵۵۰، و لعلّ المؤلّف قدس سره راجعه و رأى فى سطرٍ قبله «الشهيد فى الدروس» و حسب أنّ العباره من الدروس.

المیّت دون البعض، فقد یفصل بین الجزء الّذی یبقی الحیاه معه و غیرها و بین ما یتحقّق صدق الاسم بدونه و ما لا یتحقّق.

و مثل ذلک یجری فی نیّه الإقامه و الوطن ممّن قطع أو ظنّ بالقتل.

و الظاهر أنّ المجلس تابع للعقد، فإذا تنادیا بالبیع من مکان بعید فالمجلس ما بینهما، و إذا تباعدا فوق ذلک تفرّق المجلس، و إذا تقاربا لم یتفرّق کما فی التذکره و الدروس و کنز الفوائد (۱) لعموم النصّ. و دعوی: عدم شموله لهذا الفرد، ممنوع.

و أسقطه بعض العامّه لمقارنه المسقط (۲) و لا ریب فی سقوطه.

ثمّ إنّ إسقاط التفرّق للخیار هل هو حکم تعبّدی للدلیل و إن علم منه عدم الرضا بالسقوط، أو لدلالته علی الرضا ظاهراً کما صرّحت به الصحیحه (۳) فهو مسقط حتّی مع الشکّ ما لم یعلم عدم الرضا، أو لا یسقط حتّی یعلم منه الرضا فمع الشکّ لا یحکم بالسقوط؟ وجوه، أقواها الأوّل کما هو ظاهر الأصحاب (۴) حملًا لما فی الروایه علی بیان الحکم لا العلّه، و أضعفها الأخیر.

و لو کان البائع جماعه و المشتری واحد أو بالعکس أو کان الطرفان و أجزنا اشتراک العاقدین فی العقد الواحد کأن یقول أحد الوکلاء: بعتک یا زید، و یقول الآخر: و یا عمرو و هکذا، أو یقول أحدهم: بعتک الدرهم، و الآخر الدینار، فیقول المشتری: قبلت و مثله تعدّد الوارث بناءً علی أنّ المدار علی تفرّقه فهل یحصل التفرّق بالبعض أو بالکلّ أو کالتفرّق فی باب الجماعه یناط بالصدق العرفی أو یعطی کلّ حکمه؟ وجوه، أضعفها الأخیر، لعدم جواز التبعّض فی الالتزام و الفسخ و مدرک الأوّلین صدق التفرّق و عدمه و لعلّ الأقوی الثانی، استصحاباً لبقاء الخیار، و هو الظاهر من النصّ.

۱- التذکره ۱: ۵۱۷ س ۳۶، الدروس ۳: ۲۶۷، و لم نجده فی کنز الفوائد.

۲- المجموع ۹: ۱۸۱.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۶، ب ۱ من أبواب الخیار ح ۳.

۴- للإجماع علی أنّهما لو افترقا مختارین مع عدم رضا هما باللزوم یسقط خیارها. (هامش الأصل).

و لو باع الوكلاء عن شخص دفعه بقى الخيار ببقاء واحد منهم، و المدار على مجلس التمليك أو مجلس العقد؟ احتمالان، أقواهما الأخير.

و يختلف الحكم فى مسأله إجازه الفضولى إذا جُعلت ناقله و قد اختلف مجلس التمليك عن مجلس العقد فى أنّ بناء الصحّه على مجلس العقد بالعود إليه أو مجلس الإجازه أو البطلان مطلقاً؟ وجوه، أقواها الأخير.

و اعتبار المجلس هنا و فى الصرف و السلم من مقوله واحده على الأقوى، لاقتضاء الدليل ذلك.

و المدار فى الكلّ على اسم عدم التفرّق، فالماشيان و الراكبان و الجالسان و النائمان سواء، و إذا ذهبا مجتمعين كان المجلس باقياً.

لكن يبقى الكلام فى مسأله النذر و اليمين و العهد هل يجرى فيه؟ الظاهر لا، إلّا مع القرينه الدالّه على التعميم، إذ هو من الحقيقه العرفيّه الخاصّه أو المجاز المشهور لا العرفيّه العامّه و لا الشرعيّه.

ثمّ إنّ سقوط خيار المجلس بالافتراق مجمع عليه بين الأصحاب إجماعاً محصّلًا و منقولًا، سواء تفارقا فيه أو فارقاه غير مصطحبين أو فارقه أحدهما دون الآخر عالمين أو جاهلين أو مختلفين، لعموم النصّ.

إنّما الكلام فيما به يحصل الافتراق، فهل المدار على الحِكَمى و هو عباره عن كون الشيئين بحيث يتخلّلهما ثالث أو اللغوى و هو أوسع دائره منه، أو العرفى و هو أوسع دائره منهما بناءً على أنّه غير التحديد بالخطوه فما زاد أو التحديد بالخطوه فما زاد؟ و على الأخير فهل يراد بالخطوه المتعارفه أو يراعى فى كلّ خطوه؟ وجوه، و لا ريب أنّه لا يراد الأوّلان، و إلّا لم يثبت خيار غالباً و لم يصحّ صرف و لا سلم خصوصاً من الماشيين، و قوله عليه السلام: «و إن نزا حائطاً فانز معه» (۱) ينفيه. و دعوى صدق الاتّحاد بينهما فقط أو بينهما و بين المعنى العرفى لأصاله عدم النقل، لا يخلو من وجه.

۱- الوسائل ۱۲: ۴۵۹ ب ۲ من أبواب الصرف، ح ۸.

و الظاهر إراده المعنى العرفى، لأنّ الافتراق لا تحديد له فى الشرع فيكتفى فيه بالمسمّى عرفاً.

و ذكر الخطوه فى كلام الأصحاب ليس لبيان التحديد الشرعى و إنّما هى مثال و العبره بمسمّى الانتقال بحيث يزيد ما بينهما من البعد عمّا كان حال العقد و لو كان بأقل منها كما صرّح جماعه (۱) أو للكشف عن العرف و هم أعرف بمداليل الألفاظ، بمعنى أنّ العرف لا يصدق بما دونها (۲). و هو غير بعيد كما صرّح به أيضاً جماعه من الأصحاب (۳) و ربّما ادّعى أنّ الإجماع منقول عليه (۴).

و لا ينافى ذلك الصحيح المتضمّن لحصوله فى الخطى (۵) فإنّه لا يأبى حصوله بما دونها.

و توقّف فى الخطوه بعض المتأخّرين، لعدم ظهور الصدق بها عرفاً، و المتبادر من الافتراق الافتراق المعتدّ به (۶).

و يردّه عدم صحّه السلب فى مقام التحقيق و إن جاز توسّعاً تنزيلًا للقليل منزله المعدوم. أ لا ترى أنّه يقال: لا تفارقه و لو خطوه، تنبيهاً على الفرد الأخفى و إنّ الشكّ كاف فى المطلوب، فإنّ الأصل عدم النقل.

و ينبّه عليه حديث الخطوه حيث إنّ «الخُطى» جمع خطوه و أقلّه ثلاث، و عدم صدق التفرّق بها عرفاً ظاهرٌ، فلا يترتّب عليها الحكم كما لا يترتّب على الواحده و هم لا يقولون به. و الصحيح المنطوى على التعليل بالرضا. و الأصحاب قطعوا بالخطوه فلا يتخطى ما قالوه.

و المراد بالخطوه الخطوه المتعارفه، إذ هى الّتى ينصرف إليها الإطلاق.

۱- التحرير ۱: ۱۶۵ س ۲۹، المسالک ۳: ۱۹۶، جامع المقاصد ۴: ۲۸۴.

۲- أی ما دون الخطوه.

۳- الخلاف ۳: ۲۱ المسأله ۲۶، المبسوط ۲: ۸۲، السرائر ۲: ۲۴۶.

۴- مفتاح الکرامه ۴: ۵۴۳ س ۱۰.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۴۷، ب ۲ من أبواب الخيار، ح ۲.

۶- الرياض ۸: ۱۸۰.

ثـمّ اعلـم أنّ المراد بالافتراق فی الروایات و کلمات الأصحاب الافتراق الطارئ بعد العقد، و إلّا لخصّ الحکم خصوص المتماسّین، و هو باطل.

ثمّ إنّ المراد بالتفرّق تفرّق تمام البدن لا أبعاضه، فلو تبایعا مضطجعین أو مستلقیین و أقدامهما متلاصقه ثمّ قبض کلّ رجلیه فحصلت فرجه عظیمه مع بقاء رأسیهما علی حالهما فالخیار باقٍ.

و لو قرب أحدهما من صاحبه بمقدار بعد الآخر فقدر المساحه باقٍ، فهل یعدّ تفرّقاً؟ إشکال، و الأظهر ذلک.

و لو تفرّقا بعد الدخول فی العقد ثمّ رجعا قبل إتمامه، حکم بعدم التفرّق علی إشکال.

و لو کان وکیلًا فی الایجاب و القبول و بعد إیقاع الایجاب تولّی المالک القبول حصل به و بالمالک.

و لو کانت بینهما فاصله وقت العقد فخرج کلاهما عن الحدّین أو أحدهما عن الحدّ علی وجه البعد لا الدنوّ لأنّ التدانی تقارب بینهما لا تفارق حصل التفرّق.

و لو استطال مکان العقد لحصوله حال العدو فعاد أحدهما بعد التمام إلی بعض المسافه دون الآخر، حصل الافتراق.

و لو تکثّرت الخطی علی وجه الاستداره، فلا افتراق. و التفرّق فی جهه العلوّ و الهبوط کالتفرّق من الجهات الأربع.

و لو تعذّر الافتراق لوحده العاقد عن اثنین هو أحدهما أو غیرهما وکاله أو ولایه أو بالتفریق أو لکونهما مجتمعین علی حقو واحد، ففیه وجوه، بل أقوال:

فذهب الشیخ و القاضی و الفاضلان و الشهیدان و المحقّق الکرکی و الصمیری (۱) إلی ثبوت الخیار، للإجماع علی ثبوته فی کل بیع کما فی الغنیه (۲) و لأنّ المقتضی له

۱- المبسوط ۲: ۷۸، المهذّب ۱: ۳۵۳، الشرائع ۲: ۲۲، القواعد ۲: ۶۵، الدروس ۳: ۲۶۵، المسالک ۳: ۱۹۷، جامع المقاصد ۴: ۲۸۵، غایه المرام ۲: ۳۴.

۲- الغنیه: ۲۲۰.

فی المتعـدّد و هو البیع قـد وجـد فی الواحد فیلحق به تنقیحاً لمناط الحکم. و لا أثر للتعدّد فی الخیار و إن ورد النصّ به، لوروده مورد الغالب، مع قصـد التنصـیص به علی الاشتراک و التوطئه لـذکر التفرّق. و لو أثّر فیه لأثّر فی غیره ممّا ابتنی علیه، فیسـقط مع الاتّحـاد أکثر الأحکـام. و لأـنّ الظاهر من تعلیق الخیار بالبیّع فی قوله علیه السـلام: «البیّعان بالخیار (۱)» ثبوته لهمـا من حیث هما بیّعان.

و یرجع بعد إسـقاط الاثنینیّه من الحیثیّه لکون التثنیه فی قوّه التکرار بالعطف إلی ثبوته للبائع من حیث هو کذلک و المشتری من حیث هو کذلک. و العاقد الواحد بائع و مشترٍ فثبت له الخیار بالاعتبارین.

و لاـ ینـافی ذلک قوله: «ما لم یفترقا» إذ النفی حقیقه فی السـلب المطلق لا فی عـدم الملکه عمّا من شأنه ذلک. و لا فرق فیه بین المتعدّد و الواحد.

و قـد یتمسّـک بعموم النصّ أخـذاً بحقیقه النفی و حملًا للتثنیه علی عموم المجـاز کما ینبّه علیه سوق النصوص و الاقتران بخیار الحیوان فی أکثرها، و العموم فیه معلوم بالخصوص (۲).

و فی الصـحیح: مـا الشـرط فی الحیوان؟ فقـال: ثلاثه أیّام للمشتری. قلت: و ما الشـرط فی غیر الحیوان؟ قال: البیّعان بالخیار ما لم یفترقا، فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما (۳).

و هـذا الحـدیث یفصـح عن المطلوب فـإنّه مع تضـمّنه لمـا ذکر عمّ المتحـد سؤالًا فیعمّه جواباً و تعلیلًا ینشـأ من التنبیه علی علّه السقوط بالافتراق فیعمّه حکماً.

و حکی العلّامه فی التـذکره و التحریر قولًا بلزوم البیع و مـال إلیه الأـردبیلی و صـاحب الکفـایه و صـاحب الحـدائق (۴) تمسّکاً بالأصل، و لزوم الضرر ببقاء الخیار

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۴۹ ب ۱، ۳ من أبواب الخیار، ح ۱ ،۳، ۶.

۲- ذکره السیّد بحر العلوم أیضاً بلفظ «قد یتمسّک» مصابیح الأحکام (مخطوط): الورقه ۲۴۵.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۶، ب ۱ من أبواب الخیار، ح ۳.

۴- التذکره ۱: ۵۱۶ س ۱، التحریر ۱: ۱۶۵ س ۳۳، مجمع الفائده ۸: ۳۸۹، الکفایه: ۹۱ س ۲۴، الحدائق ۱۹: ۱۳.

الغير المغيّا بغايه، و ظهور الأخبار فی التعـدّد. فإنّ تثنيه البيّعين ظاهراً تقضـی بالتعـدّد الحقيقی و كـذا تثنيه ضـمير «يفترقا» و مادّه التفرّق.

ثمّ الّذی فی صحيحه ابن مسلم «حتّی يفترقا» (۱) عليه السلام و ظهور «حتّی» فی التعدّد الحقيقی لا يخفی.

و فی صحيح الفضيل: ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (۲) و فيها ظهور من عدّه وجوه.

و فی صحيحه الحلبی: أيّما رجل اشتری من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّی يفترقا فإذا افترقا وجب البيع (۳).

و فی صحيحه ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيّام، و فيما سوی ذلک من بيع حتّی يفترقا (۴).

و أحـاديث قيـام الباقر عليه السـلام عن مجلسه حين اشتری من غيره (۵) لا ـ يـدلّ إلّا علی التعـدّد. و لا أقلّ من أنّ الإطلاقات فی الأخبار تحمل علی الأفراد الشائعه و هی المتبادره عند الإطلاق.

و كيف كان فظاهر الأدلّه مقصور علی التعدّد الحقيقی، و الإجماع لم يثبت، و إجماع الغنيه (۶) مع ضعفه فی نفسه مساق للعموم لأفراد البيع كالسـلم و النسيئه و نحوها (۷) لا ـ إلی نحو مـا ذكر، فإنّه من الأفراد النادره الّتی يخرج من العموم فضـلًا عن الإطلاق، ككلام العلّامه فی التـذكره حيث قال: و يثبت فی جميع أقسام البيع كالسـلم و النسـيئه و المرئیّ و الموصوف و التوليه و المرابحه (۸) و نحوه كلام غيره.

و تنقيح المناط ممنوع، مع أنّه ربّما كانت الحكمه كثره دوران المتعدّد دون

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۵ ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۶ ب ۱ من أبواب الخيار، ح ۳.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۸ ب ۲ من أبواب الخيار، ح ۴.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخيار، ح ۳.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۴۷، ۳۴۸ ب ۲ من أبواب الخيار، ح ۱- ۴.

۶- الغنيه: ۲۲۰.

۷- كذا فی الأصل أيضاً، و الظاهر: نحوهما.

۸- التذكره ۱: ۵۱۵ السطر ما قبل الأخير.

غيره. فناسب الإرفاق بالخيار فيه، و تأثير الاتّحاد فى سقوط هذا الخيار لا يقتضى تأثيره فى سقوط باقى الأحكام، لوجود الدليل العامّ فيها دون هذا المقام.

و ظهور الحيثيّه لو سلّم لا يقوى على ظهور التعدّد. و النفى فى «ما لم يفترقا» و إن كان حقيقه فى السلب المطلق إلّا أنّ المتبادر من هذه العباره بالنظر إلى صدر الخبر هو توجّه النفى إلى القيد خاصّه دون المقيّد. و هم قد صرّحوا فى محاوراتهم فى هذا المبحث بأنّ معناها أنّ المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر، و يحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد.

فالمنفىّ إنّما هو الافتراق دون من ترتّب عليه الافتراق و هما البيّعان. و مبنى الكلام السابق إنّما يتمّ على رجوع النفى إلى القيد و المقيّد، و هو خلاف ظاهر الخبر.

و لا ريب أنّه لو دار الأمر بين التجوّز بصدر الخبر و هو «المتبايعان» أو عجزه و هو «ما لم يفترقا» مع أنّه ليس من المجاز بل من إراده غير الظاهر من أفراد الحقيقه كان الأولى الثانى و لا أقلّ من الشكّ و الأصل العدم، فلا وجه لما فى المسالك: من أنّ المفهوم من قوله «ما لم يفترقا» إراده السلب لا عدم الملكه أى عدم الافتراق عمّا من شأنه الافتراق، أو محتمل فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث و يحصل الشكّ فى المسقط فيستصحب إلى أن يثبت المزيل (۱) إلّا أن يدّعى التأييد بفهم المشهور و هم أعرف بمواقع الألفاظ.

و لهذا كلّه توقّف فى جامع المقاصد و ظاهر التحرير و الإيضاح و التنقيح (۲) و حواشى الشهيد.

ثمّ إنّه بناءً على ثبوت الخيار هل يسقط بانتقال العاقد عن مجلسه تنزيلًا له منزله التفرّق أو لا؟ وجهان، بل قولان:

حكى أوّلهما الشيخ فى المبسوط عن بعضهم (۳) و قال به الصيمرى (۴) و احتمله

۱- المسالک ۳: ۱۹۸.

۲- جامع المقاصد ۴: ۲۸۷، التحرير ۱: ۱۶۵ س ۳۴، الإيضاح ۱: ۴۸۱، التنقيح الرائع ۲: ۴۴.

۳- المبسوط ۲: ۷۸.

۴- غايه المرام: ۲: ۳۵.

العلّامه فی المختلف (۱) و ولده فی الإیضاح (۲) نظراً إلی أنّ خیار المجلس یسقط بمفارقته من غیر اصطحاب، و لا مصاحبه بین الشخص و نفسه.

و ضعّف باستحاله افتراقهما و المسقط هو الافتراق. و قد ینتصر له: بلزوم الضرر لو دام الخیار، و بلزوم مخالفه الفرع الّذی هو العاقد الواحد للأصل الّذی هو المتعاقدین و قد حمل علیه تنقیحاً لمناط الحکم و قد کان الخیار فی الأصل یزول بشیء معلوم فینبغی أن یکون فی الفرع مثله و إلّا لخالفه و بإطلاق ما دلّ علی جواز بیع الوکیل ماله من موکّله و مال موکّله من نفسه، و لو دام الخیار مع الاتّحاد وجب التفصیل فی الأخبار الدالّه علی ذلک بأن یفرّق فیها بین شراء الوکیل لنفسه فیلزم البیع بالاختیار و بین شرائه لغیره فیقف اللزوم علی الافتراق، لأنّ الوکیل یتوخّی مصلحه الموکّل و لا مصلحه له فی دوام الخیار فی الأوّل کما انّها موجوده فی الثانی. لکنّ هذا التفصیل لم یقل به أحد.

و ذهب إلی الثانی العلّامه فی التذکره و الشهید الثانی فی المسالک و العلیّان فی التعلیقات الکرکیّه و المیسیّه (۳) و هو ظاهر الشیخ و القاضی و المحقّق (۴) لفقد دلیل التنزیل فیستصحب الخیار، و الضرر مندفع بالاشتراط و الفسخ، و المخالفه مقلوبه لأنّ زوال الخیار فی الأصل بالتفرّق. فلو کان هاهنا بمفارقه المجلس تخالف الأصل و الفرع و تصرّف الوکیل منوط بالمصلحه مطلقاً فإن وجدت مع استمرار الخیار صحّ و إلّا بطل بهذا الاعتبار.

قوله: «فلو اکرها أو أحدهما علیه لم یسقط مع منعهما من التخایر» (۵) صور المسأله أربعه (۶)

۱- المختلف ۵: ۶۴.

۲- الإیضاح ۱: ۴۸۱.

۳- التذکره ۱: ۵۱۶ س ۲، المسالک ۳: ۱۹۹، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۳ س ۸، و لا یوجد لدینا التعلیقات المیسیّه.

۴- المبسوط ۲: ۷۸، المهذّب ۱: ۳۵۳.

۵- الروضه البهیّه ۳: ۴۴۹.

۶- العباره فی المطبوعه هکذا: هذا کلّه مع عدم الإکراه، أمّا لو أُکرها أو أحدهما مع منعهما من التخایر ففی المسأله صور أربع.

الاولی: أن یکرها علی التفرّق و علی عدم الاختیار فی الفسخ و إیجاب البیع.

الثانیه: أن یکرها علی التفرّق و لم یکرها علی الاختیار مطلقاً لا فسخاً و لا إیجاباً.

الثالثه: أن یکرها علی التفرّق و یکرها علی الفسخ فقط.

الرابعه: أن یکرها علی التفرّق و یکرها علی الإیجاب فقط.

ففی الثانیه یسقط الخیار، لتمکّنهما من الفسخ.

و فی الثالثه لا یسقط، لعدم تمکّنه من الفسخ کالأُولی.

و فی الرابعه یسقط، لتمکّنه من الفسخ، فترکه دلیل الالتزام.

و الحاصل أنّ المدار علی التمکّن من الفسخ و عدمه و یمکن ادخال الصورتین تحت کلام الشارح [حیث قال: و لو اکرها أو أحدهما علیه لم یسقط مع منعهما من التخایر (۱)].

و علی کلّ حال فدلیل عدم سقوط الخیار فی المقام الإجماع کما فی الغنیه و تعلیق الشرائع (۲). و لعلّه یخصّ الصوره الاولی فقط و استصحاب الخیار. و تبادر الاختیار. و لذا صحّ أن یقال: لم یفترقا و لکن فرّقا.

و یعضده التعلیل بالرضا، و أنّ الخیار شرّع للإرفاق و لا رفق مع الإجبار.

فإن قلت: إنّ الافتراق فی الروایات و فی کلام الأصحاب إن اعتبر فیه العلم و القصد و الاختیار فافتراق النائم و الساهی و الناسی و المدهوش و السکران و المغمی علیه و المجنون و المجبور لیس بافتراق، فالتمکّن من الاختیار و عدمه سیّان، فبقاؤه من غیر اختیار مع تمکّنه حتّی یرتفع و یکون المجلس حینئذٍ مجلس الارتفاع لا بأس به و إن دخل تحت الافتراق. و الحکم وضعیّ لا شرعیّ ینبغی أن یسقط الخیار بمجرّد حصوله بأیّ کیفیّه کان.

۱- لم یرد فی الأصل.

۲- کما فی الغنیه: ۲۱۷، و حکاه السیّد بحر العلوم فی المصابیح عنها و عن تعلیق الشرائع، انظر مصابیح الأحکام (مخطوط): ۲۴۵ س ۲۲.

قلت: لنا أن نلتزم بالأوّل بدعوى أنّه المتبادر، و انّ من ذكر عدا المجبور قد ألحقه الإجماع بالمختار القاصد العالم، و يبقى المجبور على وفق القاعده.

و عليه منع ظاهر، لعدم تحقّق الإجماع فى ذلك، كيف! و فى جامع المقاصد قد تأمّل فى الحاق المدهوش بالمجنون (١). و لم ينصّ على حكم المسأله أحد من الأصحاب مع أنّه على هذا يكون غير المجبور أسوأ حالًا منه.

أو نلتزم بالثانى و نقول: إنّ المجبور فقط الممنوع من التخاير أخرجه الإجماع، و هو بعيد.

و الظاهر أنّ المنشأ الصدق العرفى فى الفرق بين ما ذكر و بين المجبور، و أنّ النائم و الساهى و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفاً كالمختار القاصد، بخلاف المجبور، فإنّه لا يقال فيه: افترق، بل فرّق.

نعم يبقى الإشكال بالنسبه إلى المجبور فى افتراقه الغير الممنوع من اختياره فمقتضى ذلك عدم السقوط فيه إلّا أن يكون الفارق الإجماع، و بناءً على أنّ المستند الإجماع يشكل، إلحاق الصوره الثالثه من الصور الأربع بالاولى، فتأمّل.

فإن قلت: بناءً على أنّ التفرّق المجبور عليه بحكم البقاء فى المجلس ينبغى أن يكون البقاء فى المجلس و عدم التفرّق المجبور عليه بحكم التفرّق، و تتصوّر فيه تلك الصور الأربع.

قلت: هو قياس مع الفارق، لوجود الدليل فى الأوّل دون الثانى، مع أنّ الأصل الاستصحابى كما يثبت الأوّل ينفى الثانى، فتأمّل.

و الجبر على أحد الأمرين من البقاء فى المجلس أو التفرّق فى وجه خاصّ جبر على التفرّق على إشكال.

و لو اكره أحدهما على المفارقه فإن اكره الآخر على المقام يبقى الخياران، لكونهما مكرهين، و إلّا احتمل بقاؤهما، و انقطاعهما، و بقاء خيار المكره دون الباقى. و كذا لو حبس أحدهما ففارقه الآخر اختياراً.

١- جامع المقاصد ٣: ٢٨٩.

و مبنی الوجوه علی أنّ شرط اللزوم تفرّقهما المستند إلی اختیارهما، أو اختیار أحدهما مطلقاً، أو فی حقّ المختار خاصّه.

و مستند الأوّل و هو الأقوی أنّه المتبادر من النصّ، و المفهوم من التعلیل بالرضا منهما فی الصحیح، و یقتضیه الإجماع المنقول، و لأنّ الشکّ فی المسقط یقتضی البقاء تمسّکاً بالأصل، و هو اختیار المبسوط و الغنیه و التحریر و کنز الفوائد و الشارح هاهنا (۱) و ظاهر الإرشاد و المسالک (۲). و الثانی ظاهر الشرائع و الدروس و الإیضاح و محتمل القواعد (۳). و الثالث محتملها الثانی، و هو ظاهر الخلاف و الجواهر و التذکره فی هذا الفرع (۴) لکنّه ذکر فی غیره ما ینافیه (۵). و المتحصّل من کلامه بعد ردّ بعضه إلی بعض: سقوط الخیارین معاً، لحصول المفارقه باختیار أحدهما، و عدم توقّف الافتراق علی تراضیهما، و مقتضی القاعده السقوط بالتفرّق عدا ما استثنی بالدلیل، و الأصل لزوم العقد، و التعلیل علیل. و ضعفه (۶) معلوم ممّا سبق.

و لا یستفاد هذا من إطلاقات روایات مشی الباقر علیه السلام الخطی لإیجاب البیع (۷) کما یتخیّل لأنّها منزّله علی الفرد الظاهر.

و قد یوجّه التفصیل بأنّ مفارقه المختار أماره الالتزام بالعقد فیسقط خیاره و إن بقی الآخر، کما لو تبعّض الاختیار فاختار أحدهما الإمضاء و سکت الآخر، فإنّ خیار الساکت باقٍ فقط. و ضعّف بمصاحبه المکره له شرعاً فینتفی الافتراق منهما کذلک، لأنّه لا یقبل التبعّض بخلاف الإیجاب.

و منه یعلم وجه عدم تأثیر مفارقه المختار للمجلس ما دام الآخر مکرهاً، لأنّه

۱- المبسوط ۲:: ۸۴، الغنیه: ۲۱۸، التحریر ۱: ۱۶۶ س ۳، کنز الفوائد ۱: ۴۴۷، الروضه ۳: ۴۴۹.

۲- الإرشاد ۱: ۳۷۴، المسالک ۳: ۱۹۶.

۳- الشرائع ۲: ۲۱، الدروس ۳: ۲۶۶، الإیضاح ۱: ۴۸۳، القواعد ۲: ۶۵.

۴- الخلاف ۳: ۲۶ المسأله ۳۵، جواهر الفقه: ۵۵ المسأله ۱۹۷، راجع التذکره ۱: ۵۱۸ س ۱۹.

۵- المصدر السابق س ۲۳.

۶- الظاهر مرجع الضمیر: کلام العلّامه قدس سره.

۷- الوسائل ۱۲: ۳۴۷ ۳۴۸ ب ۲ من أبواب الخیار ح ۱- ۳.

معه شرعاً، فلا يسقط الخياران و لا خيار المفارق فقط. خلافاً للعلّامه فی التحرير (۱). و وجّه الفرق بينه و بين الباقی فی المجلس بمصاحبه المُكره له فی الثانی دون الأوّل، فإنّه إنّما جبر بمفارقه المجلس و عدم الاختيار معها و قد أسقط حكمها الشارع فيكون كما لو كان فی المجلس مختار فيهما.

و فيه نظر بل هو بمنزله المجبور على البقاء الممنوع من الاختيار.

و فی الإيضاح بنی المسأله على بقاء الأكوان و عدمه، و افتقار الباقی إلی المؤثّر و عدمه، و أنّ الافتراق ثبوتی أو عدمیّ.

فعلی عدم بقاء الأكوان و احتياج الباقی يسقط، لأنّه فعل المفارقه.

و على القول بالبقاء و الاستغناء و ثبوت الافتراق لا يسقط خياره لأنّه لم يفعل شيئاً و إن قلنا بعدميّه الافتراق و العدم ليس بمعلّل فكذلك.

و إن قلنا: إنّه معلّل سقط أيضاً لأنّه علّته.

و أنت خبير بأنّ الأحكام الشرعيّه لا تبنی على التدقيقات الحكميّه.

و قد يتمشّی بعض وجوه هذه المسأله فی الحیّ و الميّت. قوله: فإذا زال الإكراه.

فلهما الخيار فی مجلس الزوال (۲) إذا زال الإكراه فهل الخيار (۳) على الفور أو على التراخی مطلقاً أو محدود بمجلس الزوال؟ وجوه.

فذهب العلّامه فی أحد قوليه فی التحرير و التذكره إلی الأوّل (۴) اقتصاراً فيما خالف أصل اللزوم على المتيقّن.

و ذهب الشيخ فی المبسوط إلی الثالث (۵) و إليه ذهب الشارح هنا (۶) و مال إليه الميسی.

و فيه: أنّ المراد بالمجلس فی هذا المقام مكان البيع لا مطلق المجلس

۱- التحرير ۱: ۱۶۶ س ۳.

۲- الروضه البهيّه ۳: ۴۴۹.

۳- العباره فی المطبوعه هكذا: و هل الخيار بعد زوال الإكراه من المتبايعين و رجوعه إليهما.

۴- التذكره ۱: ۵۱۸ س ۶، و أمّا التحرير فهذا نصّه: و يثبت لهما الخيار فی مجلس زوال الإكراه ما لم يفترقا. راجع ج ۱ ص ۱۶۶ س ۲.

۵- المبسوط ۲: ۸۴.

۶- الروضه ۳: ۴۴۹.

فتحدیـده بهـذا المجلس لا دلیـل علیـه. فإمّـا أن یجعـل علی الفـور أو یجعـل علی الـتراخی غیر محـدّد بـالمجلس المـذکور، و الاستصحاب مقطوع لتغیّر الموضوع.

و قـد یجاب عنه بأنّه لمّا لم یکن هـذا الافتراق افتراقاً بحکم الشـرع فالمجلس باقٍ إلی حین زوال الإکراه و هو مجلس العقـد غیر أنّه فی صوره البُعـد المفرط و عـدم صـدق الاجتماع هل المـدار علی مجلسـهما بعـد زوال الإکراه اختلف حالهما فیه فی القیام و القعود و المشـی و العدو و غیر ذلک أم لا علم أحدهما بحال صاحبه أو لا، أو یبنی فیهما علی مجلس المکره بعد زوال الإکراه، فـإن فارقه و إن لم یعلم الآخر سـقط خیارهما و إن لم یفارقه بقی الخیاران قام الآخر من مجلسه أو لا، أو یبنی علی مجلس العلم فی غیر المکره. و فی المکره علی مجلس زوال الإـکراه، أو یبنی فیهمـا علی مجلس العلـم و صـدق الاجتمـاع و یشـترط مراقبه أحدهما لصاحبه؟ وجوه و احتمالات أو فقها بالقواعد الأوّل و أقربها إلی الاعتبار الأخیر.

و ذهب بعض المحقّقین إلی الثانی، و استدلّ علیه بالأصل، و بأنّ خیار المجلس موضوع علی التراخی و هذا منه أو بدل عنه (۱). و الثانی لا یدلّ علی مطلوبه.

و اقتصر فی الدروس علی حکایه قول الشیخ (۲). و فی المسالک علی ذکرهما (۳) وجهین (۴). و ظاهرهما التوقّف.

و لو زال الإـکراه عنه و هو سائر انقطع الخیار بمفارقه موضع التمکّن علی أحـد الوجهین کما لو فارق مجلس الزوال إلّا فی طریق العود إن لم یؤدّ إلی البعد و لا یجب العود و إن قصـرت المسافه و لا یتحرّی الأقصـر. خلافاً لبعض العامّه فی الأوّل (۵) و لا عبره به.

[و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر]

قال المصنّف: «و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدّم الفاسخ»

لأنّ الفسخ یمضی علی الآخر بخلاف الالتزام فإنّه إنّما یجری علی نفسه لأنّه

۱- مفتاح الکرامه ۴: ۵۴۲.

۲- الدروس ۳: ۲۶۶.

۳- کذا فی الأصل.

۴- المسالک ۳: ۱۹۶.

۵- نسبه العلّامه قدس سره إلی الجوینی، راجع التذکره ۱: ۵۱۸، س ۱۹.

عباره عن إسقاط حقّه من الخيار و لا ينافى ثبوت حقّ الثانى فيكون كما لو اختصّ الخيار بأحدهما، و لأنّ سلطان الفسخ بأصل العقد مع المجلس و الإسقاط جديد للشرط سواء كان شرط إسقاط أو شرط سقوط فإنّه و إن قارن السقوط العقد فى الثانى إلّا أنّه متأخّر فى الرتبه فإنّ الشرط متأخّر عن المشروط.

و على كلّ حالٍ فقد تقدّم ما ينافيه فلا يؤثّر، أو يكون التأثير للفسخ المتأخّر عنه، أو يكون حكماً تعبّديّاً مستنده الإجماع على الظاهر.

و تقرير السبب بأنّ الإسقاط أصل و الفسخ عارض، مقلوب على قائله.

و تنظّر صاحب الكفايه فى تقديم الفاسخ (۱) و هو فى غير محلّه.

و لو كان الإسقاط و الفسخ من واحد كصدوره من وليّين عليه أو وكيلين مطلقين له دفعه واحده، فأقوى الوجوه التساقط و يبقى على حاله.

و لو كان من المالك و الوكيل، قام فيه وجهان: الصحّه و يكون ذلك عزلًا للوكيل أو بحكمه، و البطلان. و لعلّ الأقوى الأوّل.

[و لو خيّره فسكت فخيارهما باقٍ]

قال المصنّف: «و لو خيّره فسكت فخيارهما باقٍ»

لو قال أحدهما لصاحبه: اختر، فلا يخلو فإمّا أن يقول: عنّى أو عنك أو عنّا أو يطلق، ثمّ إمّا أن يعيّن المختار إمّا الفسخ أو إسقاطه أو يطلق، ثمّ إمّا أن يسكت الآخر أو يجيب بأحد الأمرين من الفسخ أو الإمضاء أو يجيب بالعدم. فالصور ثمان و أربعون.

و الظاهر أنّه لو قال: اختر عنك، ليس من محلّ البحث فى شى ء. أمّا لو قال: عنّا أو عنّى، فالظاهر أنّ السكوت لا يفيد شيئاً فى جميع الأقسام.

أمّا خيار المخيّر فباق إجماعاً و كذا خيار الآخر فى صوره الإطلاق كما فى المبسوط و الخلاف و الشرائع و المختلف و التحرير و القواعد و الإيضاح و الدروس و غايه المرام و تلخيص الخلاف و كنز الفوائد (۲) و فتوى الشارح هنا و فى

۱- الكفايه: ۹۳ س ۲.

۲- المبسوط ۲: ۸۲ ۸۳، الخلاف ۳: ۲۱ المسأله ۲۷، الشرائع ۲: ۲۱، المختلف ۵: ۶۲، التحرير ۱: ۱۶۵ س ۳۱، القواعد ۲: ۶۵، الإيضاح ۱: ۴۸۱، الدروس ۳: ۲۶۶، غايه المرام ۲: ۳۴، تلخيص الخلاف ۲: ۱۲، كنز الفوائد ۱: ۴۴۵.

المسالک (۱) للأصل، و إطلاق النصّ، و عدم دلاله التخییر علی الالتزام.

و حکی الفاضلان فی الشرائع و المختلف (۲) قولًا بسقوط خیار القائل، لأنّه ملّک صاحبه ما ملکه من الخیار و الخیار حقّ من الحقوق یقبل التملیک بصلح و بغیره، و للخبر: المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا أو یقول أحدهما لصاحبه: اختر (۳).

و التخییر لا یدلّ علی التملیک. و الخبر عامّی و ظاهره سقوط الخیارین معاً، و هو خلاف الإجماع فیحمل علی الامضاء.

و عزی المحقّق الکرکی و الشهید الثانی هذا القول إلی الشیخ (۴) و هو غریب! لتصریحه بخلافه فی المبسوط و الخلاف و حکاه عنه العلّامه و ولده (۵) کذلک.

و علی هذا القول فیما لو أجاب بالعدم فهل حکمه حکم السکوت و یکون التملیک قهریّاً و إن لم یرض به أو لا؟ وجهان، لعلّ الأقوی المساواه.

و قد یقال: إنّ معنی السکوت فی کلامهم یعنی بالنظر إلی الفسخ أو الإمضاء و إلّا فلا بدّ من القبول قولًا أو فعلًا و لا معنی للتملیک القهریّ، فلو سکت أو أجاب بالعدم لم یکن من المسأله.

و فی التذکره: یسقط خیار الآمر إن قصد تملیک الخیار (۶) و إلّا فهو باقٍ و إن اختار صاحبه الإمضاء.

و الحقّ أنّ قول القائل: «اختر» یحتمل التملیک و التفویض و الاستکشاف. فإن قصد الأوّل سقط خیاره.

و إن سکت الآخر أو الأخیر لم یسقط و إن أمضی، و إن قصد التفویض سقط مع الإمضاء دون السکوت.

و الظاهر من التخییر التفویض، و لذا فرّقوا بین السکوت و الإمضاء.

و لا یتوجّه علی المشهور انّکم تقولون فیما لو أذن أحد المتعاقدین للآخر فی

۱- الروضه ۳: ۴۴۹، ۴۹۰، المسالک ۳: ۱۹۷.

۲- الشرائع ۲: ۲۱، المختلف ۵: ۶۲.

۳- مسند أحمد ۲: ۷۳.

۴- جامع المقاصد ۴: ۲۸۵، المسالک ۳: ۱۹۷.

۵- المختلف ۵: ۶۲، الإیضاح ۱: ۴۸۰.

۶- التذکره ۱: ۵۱۸ س ۳۹.

التصرّف: سقط خيار الآذن و إن لم يتصرّف الآخر لأنّ ظاهر الإذن الالتزام بالعقد، و يلزمُكم مثلهُ فى التفويض بأقسامه.

قلنا: فرق بين المقامين، لعدم وجود ذلک الظهور الّذى فى الإذن فى التفويض، فتأمّل.

هذا کلّه مع السکوت إذا لم یصرّح بالمتعلّق. و لو صرّح بالمتعلّق فإن قال: «اختر الإمضاء» فالحکم کما لو أطلق. و لو قال: «اختر الفسخ» فخیار الآمر باق و إن أمضی المخیّر. و ظاهر الدروس سقوطه (۱) و هو بعید.

أمّا مع الجواب، فإن کان بالإمضاء بطل الخیاران سواء أطلق المخیّر أو قال: «اختر الإمضاء». أمّا لو قال: «اختر الفسخ» فلا، کما صرّح به الشیخ و ابن زهره و العلّامه و الشهید (۲) و غیرهم. و فی الغنیه و ظاهر الخلاف الإجماع علیه (۳).

و إن أجاب بالفسخ سواء أطلق المخیّر أو قال: «اختر الفسخ» انفسخ العقد.

أمّا لو قال: «اختر الإمضاء» فأجاب بالفسخ و قصد الفسخ بالحقّ المنتقل إلیه لا الفسخ لحقّ نفسه، لم ینفسخ علی إشکال.

و إن أجاب بالعدم فهو أولی بعدم التأثیر من السکوت.

[تتمیم:]

تتمیم: ذکر جماعه من الأصحاب مسقطین آخرین لهذا الخیار غیر ما ذکره المصنّف:

الأوّل: بیع من ینعتق علی المشتری فإنّه لا خیار له فیه و لا للبائع، کما فی التذکره و القواعد و غایه المرام و کنز الفوائد و تعلیق الإرشاد و المسالک (۴) لدخوله فی ملک المشتری بنفس العقد فینعتق بمجرّد الملک، و العتق لا یقع متزلزلًا، و الحرّ لا یعود رقّاً.

۱- الدروس ۳: ۲۶۶.

۲- لم نجد التصریح ممّن ذکره، راجع الخلاف ۳: ۲۱ المسأله ۲۷، الغنیه ۲۱۷، المختلف ۵: ۶۲، الدروس ۳: ۲۶۶.

۳- الغنیه: ۲۱۷، الخلاف ۳: ۲۱ المسأله ۲۷.

۴- التذکره ۱: ۵۱۶ س ۵، القواعد ۲: ۶۵، غایه المرام ۲: ۴۳. تعلیق الإرشاد (مخطوط) الورقه: ۱۳۳، المسالک ۳: ۲۱۲.

و فی الصحیح فی من ینعتق من الرجال و النساء: إنّهم إذا ملکوا عتقوا، و إنّهنّ إذا ملکن عتقن (۱).

و أکثر النصوص و کثیر من العبارات نفی الملک، و حقیقه النفی و أقرب مجازاته ینفیان الخیار، لأنّ أقرب المجازات نفی الأحکام و الآثار، و أعظمها الخیار.

نعم یثبت علی القول بانتقال المبیع بعده إذ لا مانع منه، و مدرک المسأله انّ بین دلیلی العتق و الخیار عموماً من وجه، لأنّ ظاهر الروایات أنّ تقدّم الملک عقلی.

نعم لو قلنا بأنّه زمانی لم یحصل التعارض إلّا بضمیمه تلک القاعده، و دلیل العتق أقوی من وجوه:

أوّلًا: أنّ العتق عندهم مبنیّ علی التغلیب و یترجّح بأدنی مرجّح.

و ثانیاً: أنّ أدلّته أنصّ علی هذا المورد من أدلّه الخیار.

و ثالثاً: یظهر من الأردبیلی أنّه فهم من العلّامه فی التذکره عدم الخلاف فیه بین الأصحاب (۲) و لا- أقلّ من أنّه المشهور فیما بینهم، مع أنّه علی تقدیر تکافؤ الدلیلین یرجع إلی الأصل و هو لزوم العقد فلا معنی للقول بالجمع بین الدلیلین بناء علی إنکار قاعده عدم وقوع العتق متزلزلًا و عدم جواز عود الحرّ رقّاً، فإنّ الظاهر أنّها مجمع علیها فیما بینهم.

و احتمل فی الدروس ثبوته للبائع علی المشهور (۳) لسبق تعلّق حقّه (۴) فیقف العتق علی التفرّق أو یثبت الخیار فی القیمه دون العین جمعاً بین الحقّین و تنزیلًا لها منزله التالف. و هو بعید خصوصاً مع علم البائع و تقدّم حقّه ممنوع، فإنّ الخیار بعد الملک کالعتق و القیمه بدل العین فیمتنع استحقاقها دون المبدل، هکذا قیل (۵).

و فیه: أنّ ذلک فیما لو تفرّع علی استحقاق العین کما فی التلف فحقّ، أمّا لو قضی به الدلیل الخارجی فلا امتناع، نعم یتوجّه علیه ما تقدّم. و لعلّه یرید ذلک.

۱- الوسائل ۱۳: ۲۹ ب ۴ من أبواب بیع الحیوان ح ۱.

۲- مجمع الفائده ۸: ۳۹۰.

۳- الدروس ۳: ۲۶۶.

۴- کذا فی الأصل أیضاً، و الظاهر زیاده: علی المشهور.

۵- ذکره فی مفتاح الکرامه: ج ۴ ص ۵۴۸ س ۳۲ بلفظ: بل قد یقال.

و عُدّ من قبیل ما نحن فیه فی سقوط هذا الخیار شراء العبد نفسه إن جوّزناه لکنّا لا نجیزه، و ما إذا قهر الحربی قریبه و باعه للمسلم فإنّه استنقاذ و بیع الکافر المصحف و المسلم، و ما إذا اشتری المملوک لیرث، و ما إذا کان المبیع جمداً فی شدّه الحرّ فإنّه یذوب شیئاً فشیئاً، إلّا أن یقال: إنّ التلف لا یسقط الخیار، إلی غیر ذلک.

ثانیهما: التصرّف من المشتری بالبیع، فإنّه مسقط لهذا الخیار، کما فی الخلاف و الکافی و الجواهر و السرائر و التذکره و التحریر و القواعد و الإیضاح و الدروس و التنقیح و تلخیص الخلاف و کنز الفوائد و المسالک (۱) للتعلیل بالرضاء المستفاد من الصحیحین الواردین فی سقوط الخیار بالافتراق و خیار الحیوان بالتصرّف (۲). و فیه: أنّ الظاهر من الأصحاب أنّه لبیان الحکمه لا العلّه، و سیأتی تمام الکلام فی ذلک.

و لنقل الشیخ فی الخلاف إجماع الفرقه علی أنّ المشتری متی تصرّف فی المبیع سقط خیاره (۳) و ورود الأخبار به عنهم علیهم السلام مشیراً بذلک إلی ما أورده فی کتاب الحدیث و لم یوجد فیه ما یدلّ علی إبطال التصرّف لمطلق الخیار إلّا من جهه التعلیل (۴)، و وافقه القاضی علی الثانی فادّعی ورود الأخبار به دون الأوّل (۵) و کما یسقط خیار المشتری بتصرّفه فی المبیع فکذا یسقط خیار البائع بتصرّفه بالثمن المعیّن، لاشتراک العلّه و هی الدلاله علی الرضا بالبیع إن قلنا بتمامیّتها فیه، و إلّا کان المستند الإجماع المنقول و هو خاصّ بالمشتری. و لو انعکس الأمر فتصرّف البائع بالمبیع أو المشتری بالثمن کان فسخاً من دون معونه القرینه بناءً علی ثبوت التعلیل المتقدّم حملًا لفعل المسلم علی الصحّه، فیبطل به الخیاران معاً.

۱- الخلاف ۳: ۲۳ ۲۴ المسأله ۳۱، الکافی فی الفقه: ۳۵۳، جواهر الفقه: ۵۴ ۵۵ المسأله ۱۹۶، السرائر ۲: ۲۴۷ ۲۴۸، التذکره ۱: ۵۱۷ س ۱۳، التحریر ۱: ۱۶۵ س ۳۰، القواعد ۲: ۶۵، الإیضاح ۱: ۴۸، الدروس ۳: ۲۶۶، التنقیح ۲: ۵۰، تلخیص الخلاف: ۱۳، کنز الفوائد ۱: ۴۵۳، المسالک ۳: ۱۹۷.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۶، ۳۵۰ ب ۱، ۴ من أبواب الخیار ح ۳، ۱.

۳- الخلاف ۳: ۲۳ المسأله ۳۱.

۴- راجع التهذیب ۷: ۲۴، ۷۵ ح ۱۰۲، ۳۲۰.

۵- جواهر الفقه: ۵۵.

و أهمل جماعه حکم التصرّف فی هذا الخیار و اقتصروا علی سقوطه بالتفرّق و التخایر. و قصّره جمع منهم علیهما فقالوا: إنّما سقط بالتفرّق و التخایر، و منهم الشیخ فی المبسوط و ابن زهره و ابن سعید و ابن إدریس فی موضع من السرائر (۱). و آخرون قصّروا الأمر علی الافتراق موافقه للفظ النصّ (۲)، و ظاهر المتأخّرین عدم الخلاف، و هو کذلک، و ینبّه علیه الإجماع المنقول و بُعد الاختلاف فی التخایر مع تکثّر نقل الإجماع (۳) فیه و تخصیصهم خیار الغبن بالبقاء مع التصرّف، و تعلیلهم السقوط به فی غیره بدلالته علی الرضا و العلّه مشترکه فیشترک المعلول، فالقصر علی البعض و الاقتصار قصور فی العباره و اتّکالًا علی الظهور لا مخالفه فی الحکم. و سیجیء تمام الکلام فی التصرّف إن شاء اللّه.

۱- المبسوط ۲: ۸۲، الغنیه: ۲۱۷، الجامع للشرائع: ۲۴۷، السرائر ۲: ۲۴۶.

۲- المقنعه: ۵۹۱، النهایه ۲: ۱۳۵، ۱۳۶، المراسم: ۱۷۲، المفاتیح ۳: ۶۸.

۳- راجع الغنیه: ۲۱۷ و الخلاف ۳: ۲۱، المسأله ۲۷ فإنّ ظاهره الإجماع علیه کما نسبه إلیه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامه: ج ۴ ص ۵۴۳ س ۳۱ و التذکره ۱: ۵۱۷ س ۱۹.

[الثانی: خیار الحیوان]

اشاره

قال المصنّف:

«الثانی: خیار الحیوان»

و المراد بالحیوان کلّ ذی حیاه صغیراً بالذات أو بالوصف کالجراد و دود القزّ و زنبور العسل و العَلق و نحوها علی إشکال، أو کبیراً، إنسیّاً أو وحشیّاً، برّیّاً أو بحریّاً و إن خرج من الماء و اشترطنا إمکان البقاء لإمکان عوده إلی ما یعیش فیه. فلو ترکه المشتری علی الجُدد حتّی مات فلا ضمان علی البائع إنساناً أو غیر إنسان حیواناً تامّاً أو جزءاً مشاعاً علی إشکال. أمّا الجزء المعیّن منه کالرأس علی القول بجواز بیعه فلا خیار فیه علی الأقوی مستقرّ الحیاه أو غیر مستقرّ. و فی غیر المستقرّ وجهان: بالنظر إلی صحّه البیع و عدمها و ثبوت الخیار و عدمه نظراً إلی أنّه لا فائده فیه فأشبه بیع المیته و الخیار لا یمکن للموت، و باعتبار حصول الفائده فیه و لو بشعره و وبره و عظمه. فلو فرض أنّه لا فائده فیه أصلًا لم یکن فساد البیع من جهه عدم استقرار الحیاه، بل لهذا الوجه.

و دعوی عدم إمکان الخیار للموت، ممنوعه لإمکان اختیار المشتری الفسخ قبل الموت. و لو لم یفسخ کان تلفه من مال بائعه کما هو القاعده فی خیار الحیوان.

و الأقوی الثبوت لعموم الأدلّه الدالّه علی ثبوت هذا الخیار فی کلّ حیوان.

فلو باع غیر مستقرّ الحیاه مع العلم بأنّه لا یبقی ثلاثه أیّام أو باع حیّاً من السمکه و الجراد و لا یبقی کذلک، احتمل القول بانتفائه لانتفاء موضوعه، و

بالثبوت بمقدار الحياه لأنّ معنى خيار الحيوان خياره ما دام حيّاً فيكون كما إذا مات اتّفاقاً، و بالثبوت إلى الغايه، و خير الثلاثه أوسطها.

أمّا الميّت مذبوحاً أو منحوراً أو ميّتاً مذكّى كالسمك و الجراد، فلا خيار لمشتريه.

و الظاهر إنّه لا فرق بين كون الحيوان مبيعاً مستقلًّا أو منضمّاً إلى غيره.

و ما يقال: إنّ ثبوت هذا الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن و المركّب من الداخل و الخارج، لا وجه له.

و على تقدير ثبوت الخيار فليس الفسخ فيه فقط، و لو فسخ فيه فإمّا أن يقع باطلًا أو يكون فسخاً فى الكلّ كما سبق، لا باعتبار الضرر بالتبعيض، فإنّ ذلك فى الخيار الّذى مستنده الضرر لا يخلو من إشكال لتعليلهم فيه بأنّ الضرر لا يجبر بمثله، بل لأنّ الفسخ عائد إلى العقد، و العقد واحد فلا يتبعّض، و باب التبعيض للصفقه ليس فسخاً لبعض العقد، و إنّما هو انفساخ من الأصل أو شى ء قضى به الدليل.

و قولهم: إنّ العقد بمنزله عقود، يريدون بالنسبه إلى ذلك.

و قول جماعه من الأصحاب بمشروعيّه الإقاله بالنسبه إلى البعض، إن قام عليه إجماع فذلك، و إلّا منعناه.

و ما يتخيّل: من أنّ العقد كصيغه الأمر يقع الامتثال ببعض أفراد المأمور به دون البعض و إنّ العقد له تأثيرات متعدّده فيرتفع بعضها و يبقى الباقى، لا وجه له، بل هو من قبيل الأسباب و هو سبب واحد، و الأسباب الشرعيّه كالأسباب العقليّه فلا يرتفع بعض آثارها و يبقى الباقى، إذ بارتفاعه ترفع العلّه.

[و هو ثابت للمشترى خاصّه]

قال المصنّف: «و هو ثابت للمشترى خاصّه»

ثبوت هذا الخيار فى الجمله مجمع عليه بين الأصحاب إجماعاً محصّلًا أو منقولًا نقلًا مستفيضاً، و النصوص به مستفيضه (۱).

[و البحث فى هذه المسأله يقع فى مقامات]

اشاره

و البحث فى هذه المسأله يقع فى مقامات:

۱- الوسائل ۱۲: ۳۴۸ ب ۳ من أبواب الخيار.

[الأوّل فی اختصاص هذا الخیار بالبیع]

[الأوّل فی اختصاص هذا الخیار بالبیع] فنقول: لم نر من الأصحاب من نصّ علی جریان خیار الحیوان فی غیر البیع و لا علی عدمه، و الاقتصار علی البیع کما فی خیار المجلس عدا بعض من متأخّری المتأخّرین (۱). إلّا أنّ ظاهر کلماتهم و فحاوی الأخبار یقضی بالاقتصار، و هو الموافق لمقتضی الأصل و القاعده فی الخیار.

و ما یتخیّل: من الجریان استناداً إلی عموم الحکمه فی ثبوت الخیار فی الحیوان دون غیره، فضعیف، لعدم النصّ علی الحکمه نصّاً معتدّاً به، و لا قام علیه إجماع، مع أنّ الحکمه لم تصل إلی حدّ منصوص العلّه حتّی یحکم بجریانها علی أنّه ربّما کانت الحکمه فی خصوص البیع، لکثره دورانه بخلاف ما عداه.

و دعوی: تنقیح المناط، ممّا لا یتفوّه به. فحینئذٍ فکلّما شکّ فی شمول البیع له لا یحکم بجریان هذا الخیار فیه، و کذا کلّ خیار خاصّ بالبیع.

و قد تقدّم تفصیل ذلک فی خیار المجلس.

[الثانی فی معنی البائع و المشتری]

[الثانی فی معنی البائع و المشتری] و فیه وجوه:

أوّلها: أنّ البائع من خلا مالُه المنقول منه من الباء، و المشتری بخلافه.

ثانیها: أنّ البائع المطلوب منه، و المشتری الطالب.

ثالثها: أنّ البائع المبتدی بالعقد، و المشتری بخلافه.

رابعها: البائع الموجب، و المشتری القابل.

خامسها: البائع مصدر الفعل، و المشتری مصدر الانفعال.

سادسها: البائع ناقل الجنس، و المشتری ناقل النقد.

سابعها: البائع المستدعی للمنقول إلیه أوّلًا عاده، و المشتری بخلافه.

۱- لم نظفر به.

ثامنها: أنّ البائع هو المنادى على ما فى يده، و المشترى بخلافه.

تاسعها: أنّ المشترى صاحب المماكسه، و البائع بخلافه.

عاشرها: أنّ المشترى ناقل الثمن و هو ما من شأنه دخول الباء، و البائع بخلافه. إلى غير ذلك.

و لو حاولت الجمع منها بين صفتين ممّا ذكر كانت خمساً و أربعين صوره، و لو حاولت التثليث و التربيع و التخميس و هكذا تعدّدت الصور، و الكلّ لا وجه له.

و كلّها أو جلّها ينتقض بالسلم، و بصوره تقديم القبول على الإيجاب، و فى العقد بصيغه الشراء من الجانبين بناءً على جوازه.

و فى التمييز بالمعاطاه الفعليّه لو جعلناها بيعاً، و فى عقد الأخرس إشكال.

و لعلّ الظاهر اختلافهما بالنظر إلى هذه الوجوه باختلاف المقامات.

و بذلك يرتفع الاشتباه، و على تقديره، فمع الشكّ فى صدق اسم المشترى ينفى الخيار بالأصل، فتأمّل.

و مثل هذا البحث يجرى بالنظر إلى لفظ الثمن و المثمن.

و تظهر الثمره بالنسبه إلى ما يترتّب على كلّ واحد منهما من الأحكام.

و تعريفهم الثمن بدخول الباء، فيه: أنّه لا يجدى فى مثل بعتك على عوض كذا أو الثمن كذا. و كذا جعل الثمن الفضّه و الذهب لا يجرى فيما لو كان كلّ منهما من جنس الذهب و الفضّه بل ربّما يكون المبيع من جنسهما و الثمن من غيرهما. و الأولى جعل المثمن هو الواقع فى المرتبه الاولى بعد الإيجاب و القبول و الثمن بخلافه، أو ما قصد بالأصاله لا بالإبدال و الثمن بخلافه، أو ما من شأنه عدم دخول الباء و الثمن بخلافه.

[المقام الثالث فى اختصاصه بالمشترى]

[المقام الثالث فى اختصاصه بالمشترى] و قد اختلف فيه الأصحاب، فقيل باختصاصه به و عدم ثبوته للبائع مطلقاً سواء كان الثمن و المثمن حيوانين أو أحدهما حيواناً دون الآخر، و هو المنقول عن

الشیخین و الصدوقین و أبی علیّ و أبی یعلی و الطوسی و الآبی و الشامیّین الخمس و الحلّیین الستّ (۱). و هو المشهور بین الأصحاب شهره محصّله و منقوله نقلًا مستفیضاً.

و استدلّ علیه بالأصل، و الإجماع کما فی الغنیه (۲) و ظاهر الدروس (۳) و عموم الکتاب (۴) و عموم روایات خیار المجلس، و خصوص الصحاح (۵):

منها: الصحیح الصریح عن رجل اشتری جاریه لمن الخیار للمشتری أو للبائع أو لهما کلیهما؟ فقال: الخیار لمن اشتری ثلاثه أیّام نظره. رواه الحمیری فی قرب الإسناد (۶).

و ما رواه الراوندی فی فقهه قال: و عن فضیل قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: ما الشرط فی الحیوان؟ قال: ثلاثه أیّام شرط ذلک فی حال العقد أو لم یشترط، و یکون الخیار للمبتاع خاصّه (۷). و لا ـ یقدح فی ذلک کون المرویّ فی الکافی و التهذیب عن فضیل فی الصحیح: «ما الشرط فی الحیوان؟ فقال: ثلاثه أیّام للمشتری. قلت: و ما الشرط فی غیره؟ فقال: البیّعان بالخیار ما لم یتفرّقا (۸)» لأنّه من القدماء و أخذه من الاصول القدیمه.

و فی هذه الروایه دلاله علی المطلوب من وجوه:

منها: الحصر المستفاد من التعریف، فإنّ التقدیر «الخیار فی الحیوان

۱– المقنعه: ۵۹۲، المبسوط ۲: ۷۸، المقنع: ۳۶۵، المراسم: ۱۷۳، الوسیله: ۲۴۸، کشف الرموز ۱: ۴۵۷، الکافی فی الفقه: ۳۵۳، المهذب ۱: ۳۵۳، الدروس ۳: ۲۷۲، الروضه ۳: ۴۵، جامع المقاصد ۴: ۲۹۱، السرائر ۲: ۲۴۳ ۲۴۴، الشرائع ۲: ۲۲، الجامع للشرائع: ۲۴۷، ۲۶۱، النزهه: ۵۸۶، المختلف ۵: ۶۴، الإیضاح ۱: ۴۸۳، التنقیح ۲: ۴۵.

۲– الغنیه: ۲۱۹.

۳– الدروس ۳: ۲۷۲.

۴– المائده: ۱.

۵– راجع الوسائل ۱۲: ۳۴۵ و ۳۴۸، ب ۱ و ۳ من أبواب الخیار.

۶– الوسائل ۱۲: ۳۵۰، ب ۳ من أبواب الخیار ح ۹.

۷– فقه القرآن ۲: ۵۱.

۸– الکافی ۵: ۱۷۰ ح ۶، التهذیب ۷: ۲۰ ح ۸۵.

للمشترى» و فرق بینه و بین قولنا: «المشترى للحیوان بالخیار» فإنّ الثانى إنّما یدلّ بمفهوم الوصف و الأوّل به و بالحصر.

و منها: ظهور اللام فى الاختصاص.

و منها: المقابله بثبوت الخیار فى غیر الحیوان للبائعین.

و منها: ظهور هـذا الوصف فى التقیید لتعقّبه السؤال و المعصوم فى مقام تعریف خیار الحیوان، و کلّ قید فى مقام التعریف یعتبر یقیناً، لأنّه احترازىّ کما تقرّر فى محلّه.

و کما أنّ المفهوم من «ثلاثه أیّام» أنّه لیس أقلّ منها و لا أکثر لأنّه فى مقام البیان، فکذا ما نحن فیه.

و لا- یقـدح فى الاسـتناد إلى الروایه ظهورها فى کون خیار المجلس مختصّاً بغیر خیار الحیوان فتکون متروکه الظاهر، لأنّ ذلک إنّما وقع تبعاً لسؤال السائل.

و تقرب من هذه الروایه فى الدلاله صحیحه ابن رئاب: الشروط فى الحیوانات ثلاثه أیّام للمشترى (۱).

و فى صحیحه الحلبى: فى الحیوان کلّه شرط ثلاثه أیّام للمشترى و هو بالخیار فیها اشترط أو لم یشترط (۲).

و موثّقه ابن فضّال: صاحب الحیوان المشترى بالخیار إلى ثلاثه أیّام (۳).

و هـذان الروایتان دالّتان بمفهوم الوصف، و یتلوهما الصـحیحان «البیّعان بالخیار حتّى یفترقا، و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیّام (۴)» فإنّهما ظاهران بحسب السوق فى حصر خیار الحیوان بأحدهما، فإن ارید به البائع کانتا مخالفتین للإجماع فتعیّن أن المراد به صاحبه بعد العقد، و هو المشترى.

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخیار، ح ۱.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخیار، ح ۲.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۴۵، ب ۱ و ۳ من أبواب الخیار، ح ۱ و ۶.

و يشـهد له تقييـده به فى الموثّقه مضافاً إلى أنّه هو المتبادر لأنّه قـد انتقل إليه عنه، و أيضاً فالحيوان فى ضـمان البائع مـدّه الخيار كما دلّ عليه الصحيح و المرسل و غيرهما (۱) و لو لا اختصاص المشترى به لكان من ضمانه.

و فى مكاتبه الصـفّار للعسـكرىّ المشتمله على أنّهُ مع إحداث المشترى حدثاً يجب الشراء (۲) و ظاهرهـا الوجوب من الطرفين ما يقضى بذلك.

و أيضاً فالمدّه إنّما ضربت فيه لمكان الاختيار، و البائع خبير فلا خيار.

و ذهب السـيّدان المرتضى و ابن طاوس إلى ثبوت الخيار لهما (۳) و إطلاق الخلاف (۴) قد يؤذن بموافقتهما، و كذا الكافى لو لا تصـريحه بضمان البائع (۵) و إليه مـال الشـهيد الثـانى قـال: و هـو فى غـايه القوّه إن لم يثبت إجمـاع على خلافـه (۶) كذلك صاحب المفاتيح (۷).

و توقّف الشـهيد الأوّل فى غايه المراد و حواشى القواعد و أبو العبّاس فى المقتصر (۸) للإجماع كما فى الانتصار و الخلاف (۹) و الصـحيح «المتبايعـان بالخيار ثلاثه أيّام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا» (۱۰) و ما اشـتمل من الروايات على لفظ «صاحب الحيوان» بناءً على أنّ المراد من انتقل عنه.

و إجمـاع الانتصـار مردود بالشـذوذ و الانحصـار، لأنّ ابن طـاوس غير داخـل تحت معقـده، لتـأخّر عصـره عنه، فانحصـر القـائل بمضمونه بمدّعيه.

و غرض الشيخ فى الخلاف إثبات أصل الخيار ردّاً على العامّه، و إنّما احتجّ

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۱، ب ۵ من أبواب الخيار.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۱ ب ۴ من أبواب الخيار، ح ۱.

۳- الانتصار: ۴۳۳، المسأله ۲۴۵، و حكاه الفاضل الآبى فى كشف الرموز ج ۱ ص ۴۵۹ عن السيّد بن طاوس رحمه الله.

۴- الخلاف ۳: ۱۲، المسأله ۸.

۵- الكافى فى الفقه: ۳۵۳.

۶- المسالك ۳: ۲۰۰.

۷- المفاتيح ۳: ۶۸ ۶۹.

۸- غايه المراد: ۹۷، حواشى القواعد: ۶۴ س ۳، المقتصر: ۱۶۹.

۹- الانتصار: ۴۳۳ المسأله ۲۴۵، الخلاف ۳: ۱۲، المسأله ۸.

۱۰- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخيار، ح ۳.

بالإجماع على ذلک دون العموم لتصریحه فی النهایه و المبسوط باختصاصه بالمشتری (۱) و یتّفق وقوع مثل ذلک منه کثیراً.

و الصحیح مع کونه متروک الظاهر، لأنّ ظاهره اختصاص خیار المجلس بغیر الحیوان، لقوله علیه السلام: «و فیما سواه .. إلخ» و لا یرد علینا مثله فی خبر قرب الإسناد، لأنّ الظهور هنا نشأ من کلام المعصوم و فی ذلک من کلام السائل و رکاکته بزیاده لفظه «من بیع» غیر واضح السند، لأنّ فیه أبا أیّوب بن عیسی أو بن عثمان أو بن زیاد و إن کان الظاهر أنّه الثقه، إلّا أنّ ذلک ممّا یوهنه. و لا صریح الدلاله (۲) لاحتماله ثبوت الخیار للمشتری على البائع فیکون بینهما کما فی المختلف (۳) أو على أنّ الخیار للمجموع، من حیث المجموع فلا یدلّ على ثبوته فی الأفراد کما فی غیره أو على غیر ذلک.

و روایتا «صاحب الحیوان» دالّه (۴) على الخلاف کما سبق.

و على کلّ حال فدلیل المرتضى لا یعارض الصحاح المشتمله على النصّ الصریح المعتضده بجهات الترجیح کالمطابقه لظاهر الکتاب و الشهره الظاهره بین الأصحاب و أصل اللزوم و الإجماع المنقول بل المعلوم و موافقه الاعتبار و ظواهر الأخبار، فلا مجال للتوقّف، و لا لتقویه هذا القول، مع أنّ راوی حجّه الخصم محمّد ابن مسلم قد روى عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سمعته یقول: قال رسول اللّه صلى الله علیه و آله: البیّعان بالخیار حتّى یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیّام (۵). فالراوی و المرویّ عنه فیهما واحد.

و روى هذا الخبر زراره بعینه فی الصحیح (۶) و اللفظ فیهما مسند إلى النبیّ صلى الله علیه و آله

۱- النهایه ۲: ۱۴۰، المبسوط ۲: ۷۸.

۲- عطف على قوله: غیر واضح السند.

۳- المختلف ۵: ۶۵.

۴- کذا، و المناسب: دالّتان.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۴۵ ب ۱ من أبواب الخیار، ح ۱.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخیار، ح ۶.

فیشبه أن یکون هذان هما الأصل. و الأوّل مرویّ بظنّ الموافقه لهما فی المعنی.

و ذهب الصیمری إلی ثبوته للمتبایعین إذا کان المبیع حیواناً بحیوان (۱). و جعله المحقّق الثانی ثالث الأقوال و نفی عنه البعد و جعله کالعلّامه محملًا (۲) لصحیحه محمّد بن مسلم السابقه فی حجّه المرتضی (۳)، و به یحصل الجمع بین الأدلّه.

و أنت خبیر بأنّ الجمع فرع التکافؤ و قد علمت عدمه، مع أنّه لا شاهد علیه.

و ذهب الشهید الثانی فی المسالک و الأردبیلی فی مجمع البرهان إلی ثبوته لذی الحیوان مطلقاً فیکون لهما إذا کان العوضان حیوانین و للمشتری خاصّه فی بیع الحیوان بغیره، و للبائع کذلک فی بیع غیره به (۴) و قوّاه الشارح هنا (۵). و احتمله العلّامه فی التذکره (۶) نظراً إلی الحکمه المشترکه فإنّ اختصاص الحیوان بالخیار لاشتماله علی امور باطنه لا یطّلع علیها إلّا بالتروّی و الاختبار مدّه فلو کان هذا الخیار غیر محدود لأفضی إلی الضرر لأدائه إلی الفسخ بعد مدّه طویله و لا محدوداً بیوم لأنّه لا یظهر فیه حاله غالباً و بالیومین قد یشتبه العیب فحدّد بالثلاثه. و هذه الحکمه مشترکه فی الجانبین، و تمسّکاً بالجمع بین الأخبار، و عملًا بإطلاق ثبوته لصاحب الحیوان فی الصحیحین (۷).

فأمّا الحکمه فإن ارید بها العلّه المستنبطه فلا یجوز العمل بها ما لم تکن معلومه علماً قطعیّاً من عقل أو إجماع فتکون منقّحه، و إن کانت منصوصه کفی فیها الظنّ، لأنّ الدلاله حینئذٍ لفظیّه، و لیس فی المقام شی ء منهما قطعاً.

و إن ارید بها الحکمه فی شرع الحکم و موافقته للاعتبار، ففیه: أنّ هذه لا یناط

۱- غایه المرام: ۲: ۳۵ ۳۶.

۲- جامع المقاصد ۴: ۲۹۱، المختلف ۵: ۶۴ ۶۵.

۳- الانتصار: ۴۳۳ المسأله ۲۴۵.

۴- المسالک ۳: ۲۰۰، مجمع الفائده ۸: ۳۹۵.

۵- الروضه ۳: ۴۵۰.

۶- التذکره ۱: ۵۱۹ س ۱۹.

۷- الوسائل ۱۲: ۳۴۵، ۳۴۹ ب ۱، ۳ من أبواب الخیار، ح ۱، ۶.

بها حكم، لعدم انضباطها، و اطّراد الحكم بدونها، على أنّه ربّما كانت الحكمه ما ذكروه مع كثره الوقوع و الصدور بخلاف الفرض المذكور، و الجمع فرع التكافؤ، مع أنّه لا شاهد عليه، و المتبادر من «صاحب الحيوان» فى الصحيحين خصوص المشترى له لا ـ البائع و لا ـ المنتقل إليه ببيع شى ء به و لا ـ الناقل مطلقاً بائعاً له أو مشترياً غيره به، على أنّ تقييده به فى الموثّق يفيد الاختصاص به حكماً، للجمع بين العامّ و الخاصّ بناءً على كون الصفه مخصّصه، أو موضوعاً بناءً على أنّ الصفه كاشفه، و أنّ المتبادر إنّما هو خصوص المشترى، و أمّا البائع مطلقاً فلا ينصرف إليه الإطلاق قطعاً.

و على تقديره، يلزم انّه متى كان أحد العوضين حيواناً يثبت الخيار للمتبايعين، و هذا لم يقل به أحد و لا احتمله محتمل.

و ما يقال: من أنّ المراد بصاحب الحيوان فى الصحيحين من انتقل إليه الحيوان لا صاحبه الأصلى الناقل له، و التقييد بالمشترى فى الموثّق و إطلاق اختصاص الخيار بالمشترى فى الأخبار الاخر إنّما ورد مورد الغالب، فالصفه ليست مخصّصه و لا موضحه و إنّما وردت على ما هو الشائع، و حينئذٍ يكون صاحب الحيوان شاملًا لكلّ من انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثمناً و لا مخصّص له. فالخيار لهما حيث يباع الحيوان بالحيوان و عليه يحمل الصحيح الّذى هو دليل السيّد، و للبائع إن باع الدار بالحيوان مثلًا، و للمشترى إن باعه بالدراهم.

قلت: قد تقدّم لك أنّ المتبادر إنّما هو المشترى لأنّ الغالب فى صاحب الحيوان المشترى فيكون وارداً على الغالب و ينصرف الإطلاق إليه، و لا يتناول من انتقل إليه مبيع غيره به، لأنّه نادر خصوصاً بيع الدراهم به.

و ما يقال: إنّ عموم «صاحب الحيوان» لغوى فيتناول النادر و غيره من جهه الإضافه و عدم سبق معهود له مع اعتضاده بالحكمه العامّه فلا مجال للحمل على الغالب.

لأنّا نقول: غلبه استعماله فی المشتری جرت مجری سبق المعهود الخارجی مؤیّداً بالتقیید و الإطلاق المشار إلیهما سابقاً.

علی أنّا نمنع کون عمومه لغویّاً، إذ لا یزید عمّا اکتسب منه العموم أعنی المضاف إلیه، مضافاً إلی فهم المشهور منه ذلک و هم أعرف بمواقع الألفاظ، مع أنّ الأصل فی التقیید التخصیص و لا یصار إلی غیره إلّا بالقرینه، مع أنّه الموافق للروایتین الصریحتین الأوّلتین، و روایاتهم یکشف بعضها عن بعض.

و علی کلّ حال فهو غیر مکافئ لما سبق من الأدلّه فلا معنی للقول به.

و تستوی فی مدّه هذا الخیار الأمه و غیرها علی الأظهر وفاقاً للحلّی و الشهیدین (۱) و ظاهر الأکثر، لعموم النصوص کقوله فی صحیحه الحلبی: الخیار فی الحیوان کلّه (۲). و فی صحیحه ابن رئاب: الشروط فی الحیوانات (۳) إلی غیر ذلک و خصوص صحیحه قرب الإسناد الوارده فی الجاریه بخصوصها (۴)، و صحیحه عبد اللّه بن سنان: عهده البیع فی الرقیق ثلاثه أیّام إن کان بها حبل أو برص (۵)، و نحو هذا الحدیث، و للإجماع کما فی السرائر (۶) و ظاهر الانتصار و الخلاف و التذکره و التحریر (۷).

خلافاً للحلبیّین فجعلا الشرط فی الأمه مدّه استبرائها (۸) و ادّعی فی الغنیه الإجماع علیه. و یوافقهما ظاهر الشیخین و الدیلمی حیث حکموا بضمان البائع مدّه الاستبراء (۹) و لیس إلّا أنّها مدّه الخیار، و الحمل علی عدم القبض بعید.

۱- السرائر ۲: ۲۷۹، الدروس ۳: ۲۷۲، المسالک ۳: ۱۹۹.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخیار، ح ۱.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۱.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۵۰، ب ۳ من أبواب الخیار، ح ۹.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۳ من ابواب الخیار، ح ۷.

۶- السرائر ۲: ۲۷۹ ۲۸۰.

۷- الانتصار: ۴۳۳ المسأله ۲۴۵، الخلاف ۳: ۱۲ المسأله ۸، التذکره ۱: ۵۱۹ س ۳، التحریر ۱: ۱۶۶ س ۱۱.

۸- الکافی فی الفقه: ۳۵۳، الغنیه: ۲۱۹.

۹- المقنعه: ۵۹۲ ۵۹۳، النهایه ۲: ۱۴۴ ۱۴۵، المراسم: ۱۷۳.

و المفروض فى المقنعه و النهايه وضع المشترى ايّاها عند غيره و هو قبض و ايداع.

و فيهما و فى المراسم و الوسيله و الجامع: أنّ النفقه تلك المدّه على البائع (۱) و هو مؤذن بذلك، و إلّا لوجبت على المشترى بالملک قبل انقضائها، سواء قلنا بالملک من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار.

و لو جعل الحيوان شرطاً للمشترى فهل بحساب المبيع (۲) و يجى ء حكم الشراء فيه أو بمنزله عقد آخر؟ الأقوى الأوّل.

نعم لو كان فى مقابله عوض كأن يشترط المشترى حيواناً فى مقابله شى ء آخر كان احتمال دخوله تحت العقد المستقلّ لا يخلو من وجه، و الأوجه خلافه.

[و مدته ثلاثه أيّام]

قال المصنّف: «ثلاثه أيّام»

لا ريب فى دخول الليلتين المتوسّطتين، و إنّما البحث فى أنّه على الحقيقه باعتبار أنّ اليوم مقول على ما بين طلوع الفجر إلى المغرب و عليه و على الليل بطريق الاشتراک اللفظى أو المعنوى، أو أنّ العدد من الأيّام موضوع بوضع آخر، أو أنّه مجاز فى المفرد أو فى العدد باعتبار الهيئه، أو الدخول بحسب الحكم لا الاسم و القرينه أو الدليل بعد الطفره، لأنّ اليوم يقابل الليله فهو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الحمره المشرقيّه.

و لو ادّعى أنّه أظهر فردى الحقيقه و يكون كالمشترک بين الكلّ و جزئه، لم يكن بعيداً.

و أمّا الليله الاولى فغير بعيد أن يقال بأنّ الأيّام المتعدّده إذا تعلّق بها الخطاب كأيّام الاعتكاف و الإقامه و التردّد ثلاثين يوماً و أيّام الحيض و أكثره و العدد و نحوها يجوز فيها إدخال الليله الاولى و إخراجها فهى كالمشترک بين الكلّ و جزئه. فإن ادخل الليله صارت جزءاً، و ليست بخارجه حتّى تكون العشره تسعه و الثلاثه اثنين، لأنّ الطفره لا معنى لها، و بناءً على التلفيق يلزم ذلک، فيجوز أن ينوى الاعتكاف من المغرب و يدخل الليله و لا بدّ من الإتيان بعشره تامّه أو ينوى

۱- الوسيله: ۲۴۸، الجامع للشرائع: ۲۶۲.

۲- فى ط: البيع.

الصبح و يخرجها. و كـذا فى الإقامه و الحيض و الطهر و هكـذا، فتكون الأيّام عباره عمّا لا يزيد عليها بياض مثلًا، فإذا زاد بياض جاء التلفيق، لبعد الطفره، و للإجماع على مقارنه الخيار للعقد، و لعدم لزوم ما زاد على العدد و إلّا كانت أيّام الإقامه عشره و نصف. و كذا الحيض و الطهر و العدد و هكذا. فهو مجاز قرينته ما ذكرناه، أو مشترك لفظى أو معنوى بين الكلّ و جزئه أو الدخول بحسب الحكم لا الاسم.

و أمّا الليله المتأخّره فلا تدخل قطعاً، و قول بعض الأساطين: و الظاهر دخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و إلّا اختلف معنى الآحاد فى استعمال واحد (۱)، إن أراد به المتأخّره لا وجه له، لأنّ كلامه إنّما يتمّ على الوجهين الأوّلين، و هما أضعف الوجوه من أنّ اليوم حقيقه فيما يعمّ الليل أو مجاز فى الأعمّ و إنّ العدد تابع لذلك إمّا على الوجوه الاخر من ثبوت الوضع للهيئه التركيبيّه فى العدد للكلّ أو القدر المشترك بينه و بين الجزء أو المجازيّه فيها أو الدخول حكماً لا اسماً فلا.

و المراد ثلاثه أيّام تحقيقاً لا تقريباً، لأنّه الأصل فى التحديد. و اليوم المنكسر لا معنى لإسقاطه و لزوم العقد فيه و إلّا لزم عدم مقارنه الخيار للعقد، و لا لثبوت الخيار فيه و اعتبار ثلاثهٍ أيّام تامّه بعده و إلّا لزم زياده الخيار على ثلاثه أيّام، و لا لاحتسابه أحد الثلاثه من غير فرق بين النقص القليل المتسامح به و غيره و إلّا لزم نقص الخيار عن الثلاثه أيّام فليس إلّا التلفيق، من غير فرق بين أن نقول بأنّ الملفّق يوم حقيقه و ليس من الأفراد النادره أو من الأفراد النادره و إطلاق اليوم ينصرف إلى غيره، أو نقول بأنّه مجاز كما هو الأقوى لوجود القرينه الّتى ذكرنا. و الظاهر أنّه لا يلحظ فى التلفيق تفاوت الأيّام فى الطول و القصر، بل المدار على مقدار الكسر من اليوم كيف ما كان.

[شروعه من حين العقد]

قال المصنّف: «من حين العقد»

الظاهر اعتبار التملّك فلو أسلم حيواناً بطعام فخياره من حين القبض لا العقد بناءً على ثبوت الخيار للبائع، و كذا فى عقد الفضولى على القول بأنّ الإجازه ناقله

۱- مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ۲۴۷.

من زمان الإجازه، إذ لا یعقل خیار مع عدم الملک. و فی المعاطاه لا عقد فالمدار علی الملک علی النحو المتقدّم.

و الظاهر أنّ إطلاق الأصحاب أنّه من حین العقد جریانه علی الغالب.

ثمّ إنّه هل المدار علی حین العقد أم حین التفرّق؟ وجهان، بل قولان.

ذهب إلی الأوّل العلّامه و ولده و الشهیدان و السیوری و الکرکی (۱) و هو الظاهر من المعظم، لتبادر الاتّصال بالعقد من النصوص، و تعیّن إرادته من أکثرها و هی الّتی لم یتعرّض فیها لخیار المجلس.

و قیل من حین التفرّق و إلیه ذهب فی الغنیه فإنّه أطلق التحدید بالتفرّق فی ابتداء مدّه الخیار (۲) و نصّ علی ذلک الشیخ و الحلّی فی خیار الشرط، و یلزمهما القول به فی غیره، لعموم ما علّلا به (۳). و ظاهر المصنّف فی الدروس التوقّف فی المسأله حیث اقتصر علی ذکر الاحتمالین من غیر ترجیح (۴) و ظاهره فی غایه المراد موافقه المشهور (۵) کصریحه هنا استصحاباً للخیار. و یقرّر بوجهین:

أحدهما: أنّ الخیار حادث و الأصل تأخّره.

و الثانی: أنّه یختلف باختلاف مبدئه فإذا کان مبدؤه من حین العقد یکون انقضاء الثلاثه فی زمان أقلّ منه فی زمان یکون مبدؤه من حین التفرّق فیستصحب فیه الخیار بقدر زمان ما بین العقد و التفرّق. و لا یمکن أن یحمل کلامهم علی أنّ الثلاثه تحدید للآخر و لا تحدید لأوّله بل هو منوط بالتفرّق، فلو استمرّ المجلس ثلاثه أیّام لم یکن هناک خیار حیوان و لا تعتبر له ثلاثه أیّام بعد تلک الثلاثه. و قد ینقص عن الثلاثه علی اختلاف حال المجلس لتصریحهم بخلافه و منافات لظاهر الروایات.

و حملًا (۶) له علی التأسیس و التأسیس خیر من التأکید و تفادیاً من اجتماع

۱- القواعد ۲: ۶۶، الإیضاح ۱: ۴۸۳، الروضه ۳: ۴۵۰، التنقیح ۲: ۴۵، جامع المقاصد ۴: ۲۹۱.

۲- الغنیه: ۲۲۰.

۳- المبسوط ۲: ۸۵، السرائر ۲: ۲۴۷.

۴- الدروس ۳: ۲۷۲.

۵- غایه المراد ۲: ۹۸.

۶- عطف علی قوله: استصحاباً.

المثلین و تداخل الأسباب و توارد العلل و لتوقّف الخیار علی البیع الموقوف علی التفرّق و اقتضائه اللزوم لولاه و لا یلزم إلّا به.

و الأصل لا یعارض النصّ، و التأسیس مع أنّه خلاف وضع العقد لأنّ وضعه علی اللزوم غیر ملتزم لأنّها أولویّه و مخالفه الأولی غیر قادحه. مع أنّ هذه الأولویّه فی الألفاظ، أمّا فی الأحکام فلا. و الخیار واحد بالذات مختلفه بالاعتبار فلا یجتمع المثلان، و فائدته البقاء بأحد الاعتبارین مع سقوط الآخر فلا یتداخل السببان، فالأسباب الشرعیّه معرّفات لا مؤثّرات، فلا استحاله فی اجتماعها کما اجتمعت فی المجلس و العیب و خیار الرؤیه باعتراف القائل، و البیع یتمّ بالإیجاب و القبول علی الأصحّ فلا یمتنع الخیار قبل التفرّق، و ارتفاع الخیار المخصوص لا یقتضی اللزوم مطلقاً بل اللزوم اللازم من رفعه فیتعلّق الخیار بالجائز، و لو قیل بالسببیّه فی مجموع الثلاثه دون الجمیع اندفع الأکثر.

أمّا التأسیس فلأنّه صادق حینئذٍ لأنّ خیار الحیوان قد أثّر فی المدّه الّتی هی من حین التفرّق إلی حین انقضاء الثلاثه، و المجلس قد أثّر فی المدّه الّتی هی من حین العقد إلی حین التفرّق، و منه یعلم عدم اجتماع المثلین و تداخل الأسباب و توارد العلل، لکنّه خلاف الظاهر نصّاً و فتوی.

و ما یقال: إنّه یلزم علی المشهور سقوط الأثر بالکلّیّه مع استمرار المجلس طول المدّه.

قلنا: هو فرض نادر الوقوع.

[و یسقط بأمور]

[یسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد]

قال المصنّف: «و یسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد»

أمّا الأوّل، فللإجماع، و عموم الکتاب (۱) و السنّه (۲).

و أمّا الثانی، فلا خلاف فیه أیضاً، و الأولویّه من التصرّف تقضی به، لأنّه أدلّ علی الرضا منه، و العلّه المنصوصه تدلّ علیه.

۱- المائده: ۱.

۲- الوسائل ۱۵: ۳۰، ب ۲۰ من أبواب المهور، ح ۴.

ثمّ إنّ شرط السقوط و الإسقاط فی بعض المدّه مقارناً أو متأخّراً أو مقارناً و متأخّراً لا مانع منه، و لیس هذا حقّ واحد فلا یقبل التجزئه علی الأظهر بل هو حقوق متعدّده موزّعه علی الزمان، فلا یقع شرط سقوط البعض باطلًا، و لا یسقط الکلّ بسقوطه، لأصل العدم، و استصحاب البقاء فی الإسقاط المتأخّر عن العقد، و لا قائل بالفرق.

فإن قلت: لِمَ لا تقولون بمثل ذلک فی التصرّف فیکون مسقطاً فی ذلک الوقت فقط سیّما إذا کان ذلک قصد المتصرّف باعتبار أنّ الفعل أضعف من القول. فإذا قلتم به فی الأقوی لزمکم القول به فی الأضعف بالطریق الأولی.

قلت: ظاهر التصرّف الرضا بأصل العقد و الالتزام به مطلقاً و لو علم منه خلاف ذلک، کان الفارق الدلیل حتّی أنّه لو اشترط عدم السقوط بالتصرّف کان شرطاً فاسداً علی الأقوی.

و کذا یسقط بانقضاء المدّه بلا خلاف کما فی الغنیه (۱). و خالف فیه بعض العامّه (۲).

و لا یسقط بالرضا بالعیب و لا بالتبرّی من العیوب و إن شرّع الخیار فی الحیوان لخفاء عیبه غالباً لعموم النصوص (۳) و عدم وجوب انعکاس العلّه بل الواجب اطّرادها لأنّها حکمه لا علّه حقیقیّه و قد نصّ علی ذلک فی التذکره (۴).

[و یسقط بتصرفه]

قال المصنّف: «أو تصرّفه»

للإجماع المنقول فی التذکره و الخلاف (۵) علی إسقاطه الخیار و نفی عنه الخلاف فی الغنیه و المسالک (۶).

و لصحیحه ابن رئاب: فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثاً قبل الثلاثه

۱- الغنیه: ۲۱۹.

۲- الشرح الکبیر ۴: ۶۹.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۴۸، ب ۳ من أبواب الخیار.

۴- التذکره ۱: ۵۱۹ س ۶.

۵- التذکره ۱: ۵۱۹ س ۸. و لم نعثر علیه فی الخلاف.

۶- الغنیه: ۲۱۹، المسالک ۳: ۲۰۱.

أيّام فذلک رضیً به، قیل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلی ما کان محرّماً علیه قبل الشراء (۱).

و مثلها صحیحته الاخری المرویّه فی قرب الإسناد بأدنی تفاوت (۲).

و مثلهما صحیحه الصفّار: فی الرجل اشتری من رجل دابّه فأحدث فیها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو رکب ظهرها فراسخ، أله أن یردّها فی الثلاثه أیّام الّتی فیها الخیار؟ فوقّع علیه السلام: إذا أحدث فیها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء اللّه (۳).

و لأنّه مطلقاً دلیل الرضا و الالتزام بالبیع إمّا عرفاً أو حکماً من الشارع، إمّا مطلقاً أو ما لم یعلم عدم الرضا. و لا ریب أنّ ما ذکر فی الصحیحتین من جزئیات التصرّف إنّما هو علی سبیل المثال، مع أنّ الجواب فی ذیل الصحیحه الثالثه یقضی بالعموم فی الحدث، و الظاهر أنّه هو التصرّف فی المعنی کما قضت به الروایه الاولی، مع أنّه لا شی ء من جزئیات التصرّف الّذی ذکرها الأصحاب أضعف من النظر المنصوص علیه فی الصحیحه الاولی.

فما استشکله فی مجمع البرهان (۴) و تبعه فیه صاحب الکفایه فقال: إنّی لا أعلم دلیلًا علی کون شی ء من التصرّفات موجباً للّزوم سوی ما ورد فی الحدیثین المذکورین أو ما فی قوّته أو أقوی منه (۵) لا وجه له.

ثمّ إنّهم جعلوا عنوان المسأله التصرّف و لفظ «التصرّف» ذکر فی کثیر من الخیارات، و یتعلّق به کثیر من أحکام العبادات، و المدار فیه علی ما صدق علیه اسمه عرفاً. و ربّما عدّینا الحکم إلی اسم الاستعمال و الانتفاع و إن لم یصدق التصرّف، لمکان التعلیل بالرضا، و لما ورد أنّ العرض علی البیع إسقاط و سیأتی

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۴ من أبواب الخیار ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۱ ب ۴ من أبواب الخیار ح ۳.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۱ ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۲.

۴- مجمع الفائده ۸: ۳۹۷ ۳۹۹.

۵- کفایه الأحکام: ۹۲ س ۳۶.

بیان حقیقه الحال.

ثمّ إنّه لكلّ شی ء استعمال و تصرّف و انتفاع فالتصرّف بالنار دفؤها وضوئها، و التصرّف بالظلال بالكون تحته، و لو لم يكن الكون تصرّفاً لما اوجر من الدار سوى الأرض و هو بديهى البطلان و الاستضاءَه بالسراج انتفاع بالفتيله و الدهن و السراج، و الانتفاع و الاستعمال للمشموم شمّه، و للمذوق ذوقه، و للملموس لمسه، و للمرئىّ رؤيته، و للمسموع سمعه، و إن لم يصدق فى بعض أقسامه اسم التصرّف.

ثمّ التصرّف قد يكون عمداً مع العلم بالحكم أو جهل به، أو علم بالموضوع موضوع التصرّف أو الخيار أو جهل به، مع العلم بالرضا بالسقوط أو علم بعدمه، أو لا مع شی ء منهما، مع الجبر من الناقل أو غيره، أو الاختيار مع اللزوم الشرعى كتوقّف حياه نفس محترمه عليه لجوع أو عطش أو نجاه من حرق أو غرق و نحو ذلك، أو المنع الشرعى كوطء الغلام أو الحائض، أو لا مع شى ء منهما.

و قد يكون عن نسيان أو غفله أو سكر أو إغماء أو نوم أو دهشه أو جنون أو طفوليّه و نحوها.

و قد يكون مع الإذن من أحد المتعاقدين للآخر فيه و عدمه.

و قد يتصرّف بنفسه أو بوكيله أو بوليّه أو بفضوله أو مأذونه. و المسأله كثيره الأقسام تستدعى بسطاً فى المقام. فنقول: لا ريب فى سقوط الخيار بالمسقط الفعلى الصريح كنقل الملك و نحوه إلّا على ما سيأتى للمصنّف فى خيار الغبن مع الجهل (۱) و هو خلاف ظاهر الأصحاب، علم منه الرضاء بذلك أو علم عدمه لزعمه عدم الممانعه، أو لم يعلم شيئاً منهما، قصد الإسقاط به أو لم يقصد، أو قصد عدمه، سواء كان التصرّف فيما انتقل منه أو انتقل إليه.

و ربّما احتمل ضعيفاً عدم الصحّه فيما إذا كان التصرّف بعقد أو إيقاع فيما انتقل منه، لأنّ الشى ء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد معاً، كما انّ التكبيره الثانيه

۱- يأتى فى ص ۱۴۰.

فی الصلاه بنّیه الشروع یخرج بها من الصلاه و لا یشرع بها فی الصلاه.

و فیه: أنّ المحصّل للملک و الفسخ القصد المقارن للعقد أو الإیقاع السابق علیهما آناً ما، و یحصل بهما، و التقدّم ذاتی.

فانـدفع مـا قیـل: من أنّ أوّل الصـیغه حصـل من غیر ملـک، و البیع موقوف علی الملک الموقوف علی الفسـخ المتأخّر عن البیع، فیدور لأنّه من دور المعیّه.

نعم ذلک متوقّف علی وجود الدلیل و الظاهر انعقاد الإجماع.

و یسـقط بالمسـقط الفعلی الظـاهر کالمسـقط القولی الظاهر سواء کان فیما انتقل منه أو إلیه. و یجوز فعل ذلک من غیر فرق بین الوطء و نحوه و غیرهما.

و استشـکل فی التـذکره فی حـلّ الوطء بالنسبه إلی القسم الأـوّل و قال: إنّه نشأ من انتقال الملک عنه فیکون الوطء قـد صادف ملک الغیر فیقع محرّماً، و من أنّه أبلغ فی التمسّک بالمبیع و فسخ البیع من اللفظ (۱).

و فیه: أنّ القصـد إلی الفعل المقارن أو مقدّمات الفعل أو جزئه الأوّل هو المقتضـی للفسخ فیعود الملک إلیه قبل تمام الوطء فلا یقع الوطء بتمامه محرّماً.

و السقوط بهذا القسم من الفعل لا باعتبار أنّ للأفعال ظواهر کما أنّ للأقوال ظواهر و کما أنّ ظواهر الأقوال حجّه فظواهر الأفعال کذلک. فکلّ مقام اعتبر الشارع فیه ظاهر القول یعتبر فیه ظاهر الفعل کما یقتضـی به استقراء المقامات المتکثّره و ذلک لأنّ هذه القاعـده غیر بیّنه و لا مبیّنه و لم یقم علیها دلیل من عقل أو نقل إجماع أو غیره، بل باعتبار أنّ المـدار فی المقام علی الدلاله علی الرضـا کمـا هو الظـاهر من فحـاوی روایـات بـاب الخیار حتّی ورد فی بعضـها أنّ العرض علی البیع إسـقاط (۲). و حینئـذٍ فکون التصـرّف من حیث هو مع حصول العلم أو الظنّ منه بالرضـا بالسـقوط لاـ مع الشکّ مسـقطاً علی وفق القاعـده. فیجری فی جمیع الخیارات، و لا یختصّ بما ذکره الفقهاء و قام علیه الدلیل، و فی جمیع الأفعال

۱- التذکره: ۵۳۴ س ۳۳.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۹ ب ۱۲ من أبواب الخیار، ح ۱.

الظاهره فی ذلک. و لا یختصّ بالتصرّف.

و یظهر وجه کون تصرّف ذی الخیار فیما انتقل منه فسخاً مطلقاً أیضاً، و یکون المدار علی فهم الرضا کیفما اتّفق.

هذا مع حصول المسقط من دون معارض أقوی منه دالّ علی عدم الإسقاط.

أمّا مع حصول المعارض فإن کان فی الفعل الصریح فلا یجدی نفعاً قطعاً لأنّ السقوط قهریّ غیر موقوف علی الإسقاط، و إن کان فیما عداه فمقتضی الضابطه الّتی ذکرنا عدم السقوط حتّی مع الشکّ، لعدم الإسقاط و لا تأثیر للدّال مع العلم بعدم الإراده لظاهره أو الشکّ فی ذلک، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب فی التصرّف أنّه مسقط مع النصّ علی عدم الرضا و عدمه، و هو ظاهر الروایات فی خیار الحیوان بل صریحها، فینبغی الاقتصار فی السقوط مع النصّ علی عدم الرضا فی خصوص خیار الحیوان، و إن قام إجماع فیما عداه قیل به، و کذا فی خیار العیب، لأنّ ظاهر الروایات فیه ذلک.

و ربّما ظهر من بعض الأصحاب (۱) أنّ الحکم بالسقوط فی التصرّف مطلقاً إنّما هو لدلالته علی الرضا ظاهراً، فمع الشکّ للمعارض یحکم بظاهره شرعاً، فیکون کالقاعده یتمسّک بها دائماً إلّا حیث یعلم عدم الرضا فعلًا و تقدیراً أو الأوّل فقط، و یختلفان فی صوره الجهل.

و علی کلّ واحد من هذه الوجوه فی التصرّف یمکن حمل صحیحه ابن رئاب (۲).

و ربّما یقال: إنّ الوجه الثانی أظهر الوجوه فیها و ذلک إمّا باعتبار أنّ الظاهر من قوله: «فذلک رضاً منه» یعنی أنّ التصرّف محکوم شرعاً بکونه رضاً و إن نصّ علی عدمه، فتکون الروایه لبیان الحکم الشرعی، و حینئذٍ فیحکم بالجریان فی جمیع الخیارات لمقتضی العلّه و لا تتقیّد بالمورد، کما هو ظاهر الأصحاب حیث یحکمون بأنّ التصرّف مسقط علی الإطلاق. و یقتصر علی خصوص التصرّف من

۱- راجع مفتاح الکرامه: ج ۴ ص ۵۵۹ س ۲۸.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۱.

دون تسريه إلى ما عداه من الأقوال و الأفعال.

أو باعتبار أنّ التعليل بالرضا فيها علّه ناقصه لبيان الحكمه بمعونه فهم الأصحاب. و الحكم تعبّدى عامّ للعلم بالرضا و عدمه.

أو باعتبار حمل الروايه على أنّ العلّه حصول الدلاله على الرضا بنفس الفعل من دون نظر إلى المدلول.

و على هذا فيحكم بالتسريه فى خصوص الأفعال، لأنّ الأقوال لا شكّ أنّ المدار على مدلولها و لا عبره بالدلاله من حيث هى، و يرشد إلى ظهور هذا الوجه من الروايه أنّ التفرّق ورد فيه مثل هذا التعليل و قد صرّح الأصحاب عدم العمل بمقتضاه هنالك.

فمدار التسريه فى مطلق التصرّف و التسريه فى مطلق كلّ فعل على ما يفهم من الصحيحه، و إلّا اقتصر فيما لا يقضى بالرضاء لوجود المعارض كالجاهل بحكم الخيار أو بموضعه، و منه من وجب عليه التصرّف شرعاً فى وجه قوىّ على مورد الدليل كما فى الحيوان و العيب، و خيال تنقيح المناط فيحكم بالتسريه بعيد.

و قد يقال بعدم اعتبار تصرّف الناسى مطلقاً، و مثله الغافل و المدهوش و السكران و المغمى عليه و المجنون و المجبور و الطفل و النائم، لموافقته للقاعده و عدم شمول الأدلّه فى محلّها لها حتّى الصحيحه.

و ممّا ذكرنا ظهر لک أنّ تصرّف المشترى بالمبيع قبل العلم بالعيب أو الغبن و بعده قبل العلم بحكم الخيار مقتضى القاعده عدم إسقاطه الخيار و ينظر فيه إلى خصوص الأدلّه، و أنّ حكمهم بكون التصرّف فسخاً مطلقاً يشكل مدركه إلّا أن يستند فى جميع ذلک إلى الصحيحه و قد تقدّم الكلام فيها.

و أمّا التصرّف الممنوع منه شرعاً، فدعوى عدم إسقاطه الخيار لعدم دخوله تحت الأدلّه لأنّها إنّما تنصرف إلى المحلّل، ممنوعه.

و أمّا تصرّف الاختبار فقد نصّ بعضهم على استثنائه لعدم انصراف الدليل إليه و نفى عنه البعد فى الدروس و جامع المقاصد (۱).

۱- الدروس ۳: ۲۷۲، جامع المقاصد ۴: ۲۹۱.

و اقتصر فی المسالک و الشرح علی احتمال الوجهین (۱) کالتحریر و قیّده بعدم تجاوز الحاجه (۲) و ألحق المحقّق الثانی بتصرّف الاختبار التصرّف لحفظ المبیع کالرکوب لسقی الدابّه (۳).

و أنت خبیر بأنّ التقیید بعدم تجاوز الحاجه لا یصحّ بناءً علی الکشف و عدم التعبّد، إذ لا کشف عن التزامه بعد أن علم اختباره. نعم بناءً علی التعبّد له وجه.

و أمّا التصرّف الّذی أذن أحد المتعاقدین لصاحبه فیه فیما انتقل عنه أو انتقل إلیه، إن تصرّف الآخر سقط الخیاران، و إلّا فخیار الآذن.

أمّا خیار المتصرّف فظاهر. و أمّا الآذن فإن کان البائع کان قوله: «تصرّف فی المبیع» بمنزله أنّ المال لک و البیع لازم ثابت فافعل ما تشاء، و إن قال له: «تصرّف فی الثمن» کان بمنزله ما إذا قال له: أنا فسخت فتصرّف فی مالک. و جبره علی ذلک أقوی من الإذن، و ممّا ذکر یعلم الحال فیما إذا کان الآذن المشتری.

و أمّا سقوط خیار الآذن إذا لم یتصرّف المأذون فهو المشهور کما فی المیسیه (۴) و صرّح به العلّامه فی القواعد (۵) و استشکله المحقّق الثانی (۶) و جماعه مستندین إلی عدم ظهور دلاله الإذن علی سقوط الخیار و عدم استلزام الرضا بالتصرّف زوال الخیار، لأنّ غایته قبل وقوعه أن تکون الإزاله بیده، و هی لا تقتضی الزوال بالفعل.

و فیه: أنّ مقتضی الإذن رفع الحجر من قبل الآذن و لا مانع غیر الخیار فارتفع بالإذن کما هو ظاهر فی مجری العرف، فلا معنی لإنکار ظهور الدلاله، مع أنّ الإذن لو لم تکن دالّه علی سقوط الخیار لُاشکل حکمهم بالسقوط فیما إذا تصرّف المأذون، فإنّ الآذنَ لم یوجد فیه سوی الإذن، فإن لم یسقط الخیار به لم یسقط بالتصرّف الّذی هو فعل غیره.

۱- المسالک ۳: ۲۰۱، الروضه ۳: ۴۵۱.

۲- التحریر ۱: ۱۶۸ س ۱۰.

۳- فوائد الشرائع (مخطوط): ص ۱۷۰.

۴- نقله عنه فی مفتاح الکرامه ۴: ۵۸۹ س ۷.

۵- القواعد ۲: ۶۸.

۶- المسالک ۳: ۲۱۳، جامع المقاصد ۴: ۳۰۵ و ۳۱۱ ۳۱۲.

و ظاهر کلامهم یؤذن بالاعتراف بکونه المسقط کما هو فرض المسأله حیث أسندوا الإسقاط إلیه و استندوا إلی دلاله الإذن علیه، فیسقط به مطلقاً و إن لم یتصرّف المأذون، فتأمّل.

ثمّ الظاهر انّ السقوط بالتصرّف لا یعتبر فیه نیّه الإسقاط به بل لا یفترق الحال بین قصد ذلک و عدم قصده، لعموم الدلیل کما فی الرجوع فی باب الرجعه، بل و مع قصد عدمه کما استظهرناه من الصحیحه.

فبناءً علی ذلک لو تصرّف فیما انتقل عنه بما لا یجوز لغیر المالک من وطء الجاریه و لمسها و تقبیلها و نحو ذلک لم یکن فاعلًا حراماً بنفس الوطء و إن تعمّد الزنا بها أو یفعل حراماً بأوّل جزء من الفعل و یحصل الفسخ بتمامه. و لعلّ الأقوی الأوّل کما تقدّمت الإشاره إلیه.

و هذا البحث بالنظر إلی حکمه بالنسبه إلی نفسه و ما سبق إلی ما یحکم به علیه غیره.

ثمّ إنّ التصرّف المسقط ما کان بهذا العقد، فلو استند التصرّف إلی عقد آخر لم یسقط، کأن یکون قد صالح علی لبن شاه سابقاً ثمّ اشتراها بعد ذلک، فإنّ تصرّفه بعد ذلک باللبن لا یسقط خیاره.

[الثالث خیار الشرط]

اشاره

قال المصنّف:

«الثالث: خيار الشرط»

[لا بدّ من تمهيد مقدّمه]

لا بدّ للفقيه فى هذا المقام من تمهيد مقدّمه، هى بيان أنّ خيار الشرط على وفق القاعده أو لا.

و التحقيق أنّه إن قلنا بثبوت صحّه الخيار للمتعاقدين و لأحدهما مع رضاء الآخر و إنّ فكّ العقد لهما كما أنّ لهما ربطه من دون نظر إلى الشرط و غيره و إنّه لا يزيد على الإقاله، كان خيار الشرط على وفق القاعده، لأنّ الشرط قد تعلّق بفعل من أفعال المكلّفين و هو مباحٌ فيكون ملزماً ما كان جائزاً.

و إن قلنا: ليس الأمر كذلك و إنّ الخيار أمر غير الإقاله و لهذا يسقط بالفعل إجماعاً دونها، فإنّه محلّ خلاف و إنّه لا يصح لهما من دون سبب يقتضيه.

فإن قلنا: إنّ الشرط يثبت الغايات كما يثبت الأسباب و يقوم مقام العقود و الإيقاعات إلّا ما أخرجه الدليل، لشمول قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (۱) لذلك. و ما يظهر من استدلالاتهم عليهم السلام به على ثبوت الغايات، و ما يظهر من الأصحاب من أنّ شرط تمليك العين أو المنفعه أو الإبراء أو سقوط الخيار و نحو ذلك على وفق القاعده و قلنا: إنّه ليس فى شرط مثل هذه الغايه منافاه

۱- عوالى اللآلى ۱، ۳: ۲۱۸، ۲۹۳، ۲۱۷، الوسائل ۱۵: ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور، ح ۴.

لمقتضی العقد الّذی قام الإجماع علی المنع منه کان خیار الشرط علی وفق القاعده أیضاً.

و ما یقال بناءً علی ذلک ینبغی أن یجوز اشتراط الجواز فی العقود اللازمه. قلنا: لنا أن نلتزمه إلّا أن یقوم إجماع علی خلافه.

و إن لم یکن کذلک کما هو الأقوی کان خیار الشرط علی خلاف القاعده و غیر داخل تحت العمومات، لأنّه شرط علی اللّه و لیس من فعلهما، مع أنّه شرط قد خالف کتاب اللّه و حلل حراماً لمنافاته لمقتضی العقد، و العمومات مخصّصه بغیر ما خالف الکتاب و السنّه.

و لا مجال لجریان أصل البراءه فی أصل الخیار فی العقد حتّی یستدلّ علی جواز اشتراطه بالعمومات، لأنّ مقتضی العقد اللزوم فهو خلاف مقتضی العقد.

و الجواب بأنّ اللزوم من الأحکام اللاحقه به لا من مقتضیات ذات العقد، ممنوع.

و لو سلّم فالفرق فی المنع بین الأمرین محلّ بحث کما سیأتی إن شاء اللّه، علی أنّه بناءً علی ذلک ینبغی أن یصحّ اشتراط أن یکون العقد اللازم جائزاً فی نفسه و لا تقولون به، علی أنّ بین عمومات الشروط و ما دلّ علی لزوم العقد عموم من وجه.

و ترجیح أحد الدلیلین یحتاج إلی مرجّح. و الترجیح بالأحادیث الخاصّه الوارده فی خیار الشرط و الإجماع المنقول نکوص عن القاعده و الاقتصار فیها علی المحلّ الخاصّ.

و قد یقال بأنّه لا تعارض بین دلیل اللزوم و عمومات الشروط، فإنّ اللزوم مقتضی العقد المطلق لا العقد المشروط فیه الخیار، و الشرط جزء من العقد فیجب الوفاء به.

قلت: لا ریب أنّ الدلیل علی اللزوم غیر منحصر بالآیه الشریفه (۱) مع أنّ ظاهر الآیه الأمر بالوفاء بالعقد المطلق من حیث هو، أعمّ من أن یکون مشروطاً أو غیر

۱- المائده: ۱.

مشروط، و المراد بالوفاء به العمل بمقتضاه من حيث هو هو، من دون ملاحظه شی ء من شرط أو غيره فيحصل التنافی.

و استدلال بعض الأصحاب بالآيه الشريفه فی مقام الشروط (۱) فی غير محلّه كاستدلالهم بها فی العقود الجائزه، فتأمّل.

و بنـاءً على هـذا الوجه ينبغی الاقتصار فی الخيار على مورد الـدليل الـدالّ على أنّ نفس الاشتراط مثبتاً لجواز الفسـخ و لا يحكم بالتسريه.

إلّا أن يقال: لمّا ثبت فی البيع الذی هو أصل العقود و أحكمها ينقّح مناطاً فی الباقی، و هو مشكل.

و على الوجهين الأوّلين لو شرط الخيار فی عقد وقع سابقاً كان الشرط صحيحاً و لازماً، بخلافه على الثالث.

و استثناء الخمسه المذكوره فی كلام أكثر الأصحاب و هی النكاح و الوقف و العتق و الطلاق و الابراء (۲) بناءً على الوجه الأوّل ظـاهر، لعـدم إمكان التقايل فيها و الخيار، فلا يتعلّق الشـرط به، لأنّ قاعـده الشـرط كالنـذر و اليمين إنّما تتعلّق بالممكن فتلزمه لا بغير الممكن فتصيّره ممكناً، فيكون استثناؤها ليس مخالفاً للقاعده بل على وفقها، لعدم شمول قاعده الجواز لها.

و على الثانی فلا بدّ من الدليل على العدم.

و على الثالث يكفی عدم الدليل.

فإن قلت: حين الشرط لم يكن العقد لازماً حتّى أنّ شرط الخيار فيه موقوف على جواز فكّه بعد اللزوم.

قلنـا: ذلـك إنّما يتمّ أيضاً لو كان العقـد يقع على وجهين: الجواز، و اللزوم. أمّا إذا كان لا يقع إلّا على وجه اللزوم فاشتراط كونه جائزاً شرط غير ممكن شرعاً أيضاً

۱- الرياض ۸: ۱۸۷.

۲- راجع مفتاح الكرامه: ج ۴ ص ۵۶۷ ۵۷۰.

مخالف لكتاب اللّه و قد حلّل حراماً، و الأمر مشكل، فتأمّل.

ثمّ إنّه على موافقه اشتراط الخيار للضابطه كما فى الأوّل فإنّما هو خيار المتعاقدين. أمّا خيار الأجنبىّ فإن جعلناه توكيلًا أمكن دخوله تحت الضابطه و حكم بتسريته فى جميع العقود، لأنّه كما انّ للمتعاقدين الفكّ بأنفسهما فلهما التوكيل فى ذلك. و إن جعلناه تحكيماً كان مخالفاً للضابطه، لأنّه ليس للأجنبىّ قبل الشرط الفكّ إلّا على سبيل التوكيل، فيقتصر فيه على مورد الدليل كما فى البيع، لقيام الإجماع فيه كما سيأتى و إن خلت روايات الباب منه. إلّا أنّ ظاهر الأصحاب أنّه تحكيم و انّه موافق للقاعده، و لذا صرّح بجريانه فى الإجاره فى باب الإجاره جماعه من الأصحاب.

و الظاهر أنّ اقتصار من اقتصر منهم فيها على ذكر اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما و عدم ذكر الأجنبىّ اتّكالًا على البيع لا إشاره إلى عدم جريانه فى ذلك، و هو مشكل.

نعم إذا جعلناه على وفق القاعده كما فى الوجه الثانى لم يختلف الحال فى جوازه توكيلًا كان أو تحكيماً.

[ظاهر الأكثر ثبوت هذا الخيار فى كلّ بيع]

إذا عرفت ذلك فلنعد إلى ما ذكره الأصحاب فى هذا المقام فنقول: ظاهر الأكثر ثبوت هذا الخيار فى كلّ بيع لا يستعقب العتق. و استدلّوا عليه بالأصل و عموم الكتاب و السنّه، و قد عرفت ما فيه.

و نصّ جماعه منهم على ثبوته فى السلم (۱) مطلقاً و لو فى السلم (۲) و آخرون على ثبوته فى الصرف (۳).

و لم يعهد الخلاف فى الأوّل إلّا من العلّامه فى التذكره فنفاه فى خيار

۱- راجع المبسوط ۲: ۷۹، السرائر ۲: ۲۴۴، المختلف ۵: ۷۲.

۲- كذا فى المصابيح أيضاً.

۳- راجع المختلف ۵: ۷۲، الدروس ۳: ۲۶۸.

المجلس (۱) و رجع عنه فی الشرط فأثبته فیه کما فی التحریر (۲).

و لا ـ فی الثانی إلّا من الشیخ فی المبسوط و الخلاف و أبو المکارم و الحلّی و ادّعوا علیه الإجماع و علّلوه بمنافاه الخیار للقبض المعتبر فیه (۳) لأنّه إن وقع بعد القبض نافی قاعده اتّصال الشرط بالمشروط فلا یؤثّر و إن وقع قبله کان قبل تمام السبب المملّک و شرط الخیار إنّما یکون بعد المملّک.

و لو ارید به بعده کان من الشرط المجهول.

و التعلیل علیل لإمکان وقوعه بعد القبض فوراً بحیث لا یخلّ بالاتّصال عرفاً و وقوعه قبله، و نمنع کون شرط الخیار لا یکون إلّا بعد تمام السبب المملّک، لصحّه وقوعه مقترناً بالإیجاب قبل القبول من البائع قولًا واحداً، إلّا أن یقال: إنّ الشرط فی ذلک بعد لا یتمّ، لأنّ قبوله فی ضمن القبول بخلاف ما نحن فیه.

و مع ذلک فهو منقوض بالسلم، و الإجماع ممنوع، فإنّ ظاهر القدماء ثبوت الخیار و لا ـ نافی له منهم غیر المدّعی، و صوره الإجماع المنقول تنبئ عن أخذه من الإجماع علی اشتراط القبض المنافی لثبوت الخیار باعتقاد الحاکی فینتفی برفع التنافی.

و قد أقدم علی منع هذا الإجماع جماعه من الأصحاب حتی ادّعی الشهید فی المسالک اطباق المتأخّرین علی منعه (۴).

و قد یمنع بأنّ من أعاظمهم المحقّق و لم یصرّح بشی ء و العلّامه اختلف قوله فی ذلک فأثبت الخیار فی ظاهر المختلف و منع الإجماع (۵) و نفاه فی التذکره تارهً

۱- التذکره ۱: ۵۱۶ س ۱۹، عبارتها هکذا: و یثبت خیار الشرط فی جمیع أنواعه إلّا السلف و الصرف، فراجع.

۲- التذکره ۱: ۵۲۲ س ۱۶، التحریر ۱: ۱۶۷ س ۲۹.

۳- المبسوط ۲: ۷۹، الخلاف ۳: ۱۲ المسأله ۹، الغنیه: ۲۲۰، السرائر ۲: ۲۴۴.

۴- المسالک ۳: ۲۱۲.

۵- المختلف ۵: ۷۲.

و أثبته اخرى على إشكال (۱). و استشكله فى التحرير و القواعد (۲). و الشهيد قد حكى فى الدروس الإجماع عن الشيخ و منعه عن العلّامه مقتصراً على النقل و ظاهره التوقّف (۳) فلا يصحّ الإطباق المدّعى إلّا بتكلّف. ثمّ إنّ جمعاً من الأصحاب نصّوا على عدم اختصاص هذا الخيار بالبيع و أنّه يجرى فى سائر العقود عدا النكاح و الوقف (۴). و نفى بعضهم الخلاف فى جريانه فى خصوص اللازمه منها كالإجاره و المزارعه و المساقاه و الكفاله و الحواله و نحوها. و قال: وعدا الضمان، فإنّ العلّامه منعه فى أحد قوليه، و الصلح فنفاه الشيخ فى المبسوط و الخلاف مطلقاً. و الكركى فيما يفيد الإبراء تبعاً للتحرير، و الصيمرى فى الصلح عن المجهول و الدعوى الغير الثابته بالإقرار و الكلّ شاذّ و الأصل الصحّه لعموم المقتضى، انتهى (۵).

و مراده بالمقتضى عمومات الشروط و قد تقدّم الكلام فيها بما لا مزيد عليه، و كان مستند العلّامه و الكركى و الصيمرى فيما استثنوه أنّها فى معنى الإيقاعات فلا تقبل شرط الخيار (۶) و عليه منع ظاهر. و قد نقل فى المهذّب الإجماع على جريانه فى الصلح بقول مطلق (۷).

و هل يجرى هذا الخيار فى باب المعاطاه و لو بعد لزومها أو لا؟ وجهان:

يحتمل العدم لأنّها من مقوله الفعل و هو من مقوله القول و هى غير مستقلّ بنفسه و لا يمكن ربطه بالفعل، و لو قارن الفعل بقول دالّ على المعاطاه و جعله مرتبطاً به لم ينفع لأنّ المدار فى ذلك على الفعل و اللفظ أجنبىّ لا مدخليّه له.

و يحتمل الجريان فيها، لقوّه ارتباط هذا القول بالفعل، مع أنّ الشروط فى

۱- التذكره ۱: ۵۱۶ س ۱۹ و ۵۲۲ س ۱۷.

۲- التحرير ۱: ۱۶۷ س ۲۹، القواعد ۲: ۶۷.

۳- الدروس ۳: ۲۶۸.

۴- راجع المبسوط ۲: ۸۱، السرائر ۲: ۲۴۵ و ۲۴۶، الشرائع ۲: ۲۳، القواعد ۲: ۶۸، المسالک ۳: ۲۱۲، جامع المقاصد ۴: ۳۰۳.

۵- راجع مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ۲۵۰.

۶- التحرير ۱: ۱۶۷ س ۳۰، جامع المقاصد ۴: ۳۰۴، غايه المرام ۲: ۴۴.

۷- المهذّب البارع ۲: ۵۳۸.

العقود لیست کسائر الشروط، بل لها نوع استقلال، لأنّ العقد لا یقبل التعلیق.

و أمّا العقود الجائزه فنقل عن الأکثر جریانه فیها، و به صرّح الشیخ و القاضی و الحلّی فی الوکاله و الجعاله و القراض و الودیعه و العاریه (۱).

و الظاهر عدم الفرق بینها و بین غیرها من العقود الجائزه، و یقتضیه إطلاق الغنیه و الشرائع و القواعد و الإرشاد و الدروس (۲).

و منعه العلّامه فی المختلف و التحریر و الکرکی و الصیمری و الشهید الثانی (۳) و عزا المنع فی التذکره إلی بعض العامّه و نفی عنه البأس (۴) لعدم تأثیر الشرط فی الجائز.

و أورد علیه بأنّ التأثیر غیر ملتزم فی الشروط فإنّ منها ما یؤکّد مقتضی العقد فإن ارید المؤثّر هنا عاد النزاع لفظیّاً.

و الحقّ عدم جریانه فیها، لعدم دخولها تحت أدلّه الشروط باعتبار أنّ جوازها أصلی فلا یقبل السقوط فلا تأثیر للشرط کخروج ما لا ینتفع فیه من عمومات البیع. فإن أراد المشترط لشرط الخیار الخیار بأصل العقد کان مؤکّداً. و إن أراد المستند إلی الشرط و إن کان مجامعاً لخیار أصل العقد کان شرطاً فاسداً، و یجی ء فیه الخلاف فی فساد المشروط بفساده أو لا، فتأمّل.

و قد علم بما ذکر حکم الشرط فیما اختلف فی لزومه و جوازه کالسبق و الرمایه، و ما یقع لازماً و جائزاً کالهبه، أو یلزم من أحد الطرفین دون الآخر کالرهن.

و استشکل العلّامه فی التحریر فی الأخیر فی جانب اللزوم فیما لو کان الشرط من قبل الراهن (۵) بأنّ الرهن وثیقه الدین و الخیار ینافی الاستیثاق.

۱- المبسوط ۲: ۸۲، المهذب ۱: ۳۵۶، السرائر ۲: ۲۴۶.

۲- الغنیه: ۲۲، الشرائع ۲: ۲۳، القواعد ۲: ۶۸، الإرشاد ۱: ۳۷۵، الدروس ۳: ۲۶۸.

۳- المختلف ۵: ۷۳، التحریر ۱: ۱۶۸ س ۱، جامع المقاصد ۴: ۳۰۴، غایه المرام ۲: س ۴۵، و فیه: یدخل فیها خیار الشرط، المسالک ۳: ۲۱۱.

۴- التذکره ۱: ۵۲۲ س ۲۲.

۵- التحریر ۱: ۱۶۷ س ۳۰.

و ردّ بمنع المنافاه، فإنّ الاستيثاق فی المشروط بحسب الشرط.

و أمّا النکاح و الوقف من العقود فلا یـدخلهما الخیار، للإجماع فی الأوّل کما فی الخلاف و المبسوط و السـرائر و کنز الفوائـد و المسالک (۱).

و علّل بمشاکلته العباده، و ابتنائه علی الاحتیاط التامّ، و سبق التروّی فیه علی العقـد، و توقّف رفعه علی رافع مخصوص فلا یرتفع بغیره، و لعدم مشروعیّه التقایل فیه.

و أمّا الثانی، فلاشتراط القربه فیه و العباده مبنیّه علی اللزوم لا التزلزل فإنّه لا معنی لتوقّف الصلاه و الصوم علی الشرط مثلًا، و لأنّ العبـاده یکتب أجرها حین إیقاعها فلا یمحی (۲). و استحقاق العوض بلا معوّض لا وجه له مع أنّ شـمول دلیل الشرط بناءً علی کونه علی وفق القاعده لمثل هذه الأفراد محلّ شکّ مع کونه فکّ ملک لا إلی عوض فلا یقبل الشـرط کالعتق، و لعدم مشروعیّه التقایل فیه أیضاً.

و قد نصّ علی المنع فیه الشیخ و الحلیّون الثلاثه و الشهیدان و الکرکی و الصیمری (۳).

و فی المسالک: أنّه موضع وفاق (۴) و الخلاف فیه ثابت کما فی الدروس (۵).

و أمّا الإیقاعات فقد صرّح الأصحاب بالمنع فی ثلاثه منها و هی: الطلاق، و العتق، و الإبراء (۶).

و الظـاهر عـدم إراده الحصـر و تخصیصـها بالـذکر لغلبه الوقوع کمـا یرشـد إلی ذلک انّه فی السـرائر احتـجّ علی منع جریانه فی الطلاق بخروجه عن العقود (۷) و مقتضاه اطّراد المنع فی سائر الإیقاعات، لعموم التعلیل.

۱- الخلاف ۳: ۱۶ المسأله ۱۷، المبسوط ۲: ۸۱ السرائر ۲: ۲۴۶، المسالک ۳: ۲۱۲، و لم نعثر علیه فی کنز الفوائد.

۲- فی نسخه: فلا یعلّق.

۳- المبسوط ۲: ۸۱، السرائر ۲: ۲۴۵، الشرائع ۲: ۲۳، القواعد ۲: ۶۸، الدروس ۳: ۲۶۸، المسالک ۳: ۲۱۲، جامع المقاصـد ۴: ۳۰۳، غایه المرام ۲: ۴۵.

۴- المسالک ۳: ۲۱۲.

۵- الدروس ۳: ۲۶۸.

۶- راجع المبسوط ۲: ۸۰، ۸۱ و الشرائع ۲: ۲۳ و القواعد ۲: ۶۸ و المسالک ۳: ۲۱۲.

۷- السرائر ۲: ۲۴۶.

و السرّ فی ذلک ابتناء الإیقاع علی النفوذ بمجرّد الصیغه و الخیار ینافی ذلک، و لأنّ المفهوم من الشرط ما کان بین اثنین کما سینبّه علیه جمله من الأخبار و الإیقاع إنّما یقوم بواحد.

و قد حکی فی المبسوط الإجماع علی المنع فی الطلاق و العتق (۱).

و فی المسالک الإجماع علی المنع فی العتق و الإبراء (۲).

و فی السرائر نفی الخلاف فی عدم جریانه فی العتق و الطلاق (۳).

[و هو بحسب الشرط إذا کان الأجل مضبوطاً]

قال المصنّف: «و هو بحسب الشرط إذا کان الأجل مضبوطاً»

و لا یتقدّر بمدّه الثلاثه أیّام عندنا خلافاً للعامّه (۴) بالأصل، و الکتاب (۵) و السنّه (۶) و الإجماع، و الضروره الداعیه إلی الاشتراط، و اختلاف التقدیر.

نعم یشترط تعیین المدّه المشترطه بما لا یحتمل الاختلاف، فلو انیطت بما لا ینضبط کإدراک الغلّات و إیناع الثمرات بطل الشرط بالإجماع، و استدلّ علیه أیضاً بالنهی عن الغرر، و تطرّق الجهاله إلی العوضین بجهاله الشرط، و لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف و الإناطه بالمختلف مثار الاختلاف (۷).

و فیه ما سیأتی من أنّ الأقوی أنّ الشرط کالصلح یغتفر فیه من الجهاله ما یغتفر فی الصلح.

نعم فی خصوص المقام لقیام الإجماع لا نقول به، مع احتمال الفرق بین المقامین، فتأمّل.

و لو أطلق الخیار فهل یبطل الشرط؟ قیل: نعم، لنحو ما ذکر، و للأولویّه فإنّ الإطلاق أوغل فی الإبهام لعدم أوله إلی العلم فیکون أولی بالمنع، و لأنّه

۱- المبسوط ۲: ۸۱.

۲- المسالک ۳: ۲۱۲.

۳- السرائر ۲: ۲۴۶.

۴- المحلّی ۸: ۳۷۰، المجموع ۹: ۲۲۵، عمده القارئ ۱۱: ۲۳۵.

۵- المائده: ۱.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ و ۳۵۵ ب ۷ و ۸ من أبواب الخیار.

۷- مصابیح الأحکام (مخطوط): الورقه ۲۴۸.

لو صحّ فإمّا أن يدوم الخيار و هو باطل بالإجماع أو يردّ إلى معيّن و هو تخصيص من غير مخصّص، فتعيّن البطلان، و هو أحد قولي الشيخ في المبسوط و ظاهر الديلمي و صريح العلّامه و الصيمري و الشهيد الثاني (۱) و عزى القول به إلى المرتضى (۲) و المعلوم منه خلافه (۳). و ربّما لاح من ظاهر الوسيله و السرائر و الشرائع و النافع و الجامع (۴) و ظاهر المتن، لتضمّنها اعتبار التعيين في المدّه، و لا دلاله فيه، فإنّه غير اشتراط المدّه المعيّنه، إلّا أن يكون ذلك بطريق الأولويّه و هي محلّ منع فيما نحن فيه.

و قيل: لا بل يصحّ الشرط و ينصرف إلى ثلاثه أيّام، ذهب إليه المفيد و المرتضى و الشيخ و أبو الصلاح و ابن زهره (۵) و مال إليه في الدروس، للإجماع (۶) كما في الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه (۷) و الخبرين النبويّين «الخيار ثلاثاً قل: لا خلابه، و لك الخيار ثلاثاً» (۸) و الخلابه الخديعه.

و أخبار الفرقه المرسله في الخلاف (۹) و لا تقصر عن مراسيل كتب الحديث، و خلوّها عنها لا يقدح فيها، فإنّها لم توضع على الاستقصاء التامّ و إلّا لتكاذبت فيما انفردت.

و يشهد لذلك الصحيح «الشرط في الحيوان ثلاثه أيّام للمشتري اشترط أو لم يشترط (۱۰)» فإنّه يعطي بفحواه أنّ الشرط في غيره ثلاثه مع الشرط، و ليس المراد

۱- المبسوط ۱: ۸۳، المراسم: ۱۷۲، المختلف ۵: ۶۶، لم نجد التصريح بذلك في غايه المرام، المسالك ۳: ۲۰۱.

۲- نقله عنه العلّامه في المختلف ۵: ۶۶.

۳- لم نعثر عليه.

۴- الوسيله: ۲۳۸، السرائر ۲: ۲۴۳، الشرائع ۲: ۲۲، النافع: ۱۲۱، الجامع: ۲۴۷.

۵- المقنعه: ۵۹۲، لم نجده في الانتصار، فراجع، الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۵، الكافي في الفقه: ۳۵۳، الغنيه: ۲۱۹.

۶- الدروس ۳: ۲۶۹.

۷- راجع الانتصار: ۴۳۵، الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۵، جواهر الفقه: ۵۴ المسأله ۱۹۴، الغنيه: ۲۱۹.

۸- سنن البيهقي ۵: ۲۷۳.

۹- الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۵.

۱۰- الوسائل ۱۲: ۳۴۹ ب ۳ من أبواب الخيار، ح ۱.

به اشتراط الثلاثه لاطّراد الشرط فی غیرها بل مطلق الاشتراط، فیثبت الثلاثه به کما هو المطلوب.

و الغرر منـدفع بتحدید الشـرع، و الجهاله مغتفره لأولها إلی العلم، و الأولویّه ممنوعه لارتفاع الغرر و اغتفار الجهل. و التخصـیص بالثلاثه إمّا لانصراف الإطلاق إلیها عرفاً لکونها أوّل مدّه یتروّی فی مثله و الشرع کاشف، أو لتعیین الشرع و الشرط سبب لا مناط کالوصایا المبهمه، هذا غایه ما یؤیّد به هذا القول.

و قد یقال بمنع الإجماع، لقلّه المصـرّح به من الأصـحاب، مع أنّه فی الکفایه (۱) ادّعی أشـهریّه القول الأوّل مطلقاً، و فی الریاض ادّعی أشهریّته بین المتأخّرین (۲) مع أنّ هذا الحکم لو کان ثابتاً لاشتهر اشتهاره فی الوصایا المبهمه، و لیس الأمر کذلک.

و النبویّتـان ضـعیفتا السـند و الـدلاله لاـ عامـل بظاهرهمـا من الإطلاـق، و الصـحیحه شـهاده فیها و خصوصـیّه اشتراط الثلاثه فیها لخصوصـیّه المقام، و إجماع الشـیخ و مراسـیله قد ادّعاهما أیضاً فی شرط المؤامره علی الإطلاق (۳) مع أنّه لم یقل بـذلک أحد سواه من الأصـحاب، و هـذا ممّـا یوهن دعواهمـا فی هـذا المقـام. و لعلّ الإجماعات کالروایات منزّله علی العرف السابق أو علی قرائن الأحوال.

ثمّ إنّه علی تقـدیر القول بـذلک هـل هو عـامّ حتّی لصوره العلم بقصـد عـدم ذلک أو مخصوص بما عـداها؟ لعلّ الأقوی الثانی اقتصاراً علی المتیقّن، و یحتمل الأوّل لعموم الدلیل فیکون من الأسباب القهریّه، و هو بعید.

و هل هو خاصّ بالبیع اقتصاراً فیما خالف الأصل علی المتیقّن أو مطّرد فی غیره؟ وجهان.

و لو اشترط مـدّه مطلقه احتمـل البنـاء علی الخلاـف لکونه بمنزله إطلاـق الخیـار، و البطلاـن مطلقاً للأصـل و منع التنزیل، و هو الأشبه.

ثمّ إنّه لا فرق مع تعیین البدایه و النهایه فی المدّه بین المتّصله و المنفصله کما

۱- الکفایه: ۹۱ س ۳۷.

۲- الریاض ۸: ۱۸۸.

۳- الخلاف ۳: ۳۷، المسأله ۵۱.

نصّ علیه العلّامه و الشهیدان و الصیمری و الکرکی (۱) و اقتضاه إطلاق المدّه المتناوله للمتّصله و المنفصله فی کلام المشایخ و القاضی و الدیلمی و الحلبیّین و الحلیّین الثلاثه (۲). إلّا أن یدّعی بأنّ الظاهر منها الأوّل، عملًا بالأصل و عموم الکتاب و السنّه.

و هذا بناءً علی أنّ شرط الخیار علی وفق الأصل أو أنّ الشرط یثبت الغایه کالسبب، و إلّا فاثبات ذلک بالدلیل الخاصّ المثبت لهذا الخیار مشکل، لانصرافه بحکم التبادر إلی غیره، إلّا أن یتمسّک بظاهر الإجماع فی التذکره حیث قال: و لو شرط خیار الغد صحّ عندنا خلافاً للشافعی (۳) أو بتنقیح المناط، و هو مشکل.

و من هنا احتمل العلّامه المنع فی القواعد (۴) و إن حکم بالجواز فی غیرها (۵) و فی موضع آخر منها (۶).

و منعه بعض العامّه (۷) تحاشیاً من انقلاب اللازم جائزاً، و الانقلاب إلی الجواز کعکسه جائز، بل واقع کما فی خیار التأخیر و الرؤیه و غیرهما.

و متی جاز الانفصال جاز التعاقب کما صرّح به العلّامه و الشهید الثانی و صاحب الکفایه (۸) و غیرهم خصوصاً إذا جعلنا هذا الخیار علی خلاف القاعده أمکن منع التلازم استظهاراً لاتّحاد المدّه و إن عمّت المتّصله و المنفصله من الأدلّه الخاصّه و کلام الأکثر و یقتصر علی المتیقّن فیما خالف القاعده. و من هنا احتمل الشهید الأوّل الثانی و قطع بالأوّل (۹) و هو بعید.

۱- التذکره: ۱: ۵۲ س ۳۶، الدروس ۳: ۲۶۹، المسالک ۳: ۲۰۱، غایه المرام ۲: ۴۷، جامع المقاصد ۴: ۳۲۱، ۳۲۲.

۲- المقنعه: ۵۹۲، النهایه ۲: ۱۳۶، الوسیله: ۲۳۸، المهذّب ۱: ۳۵۳، المراسم: ۱۷۲، الکافی فی الفقه: ۳۵۳، الغنیه: ۲۱۸، السرائر ۲: ۲۴۳، الشرائع ۲: ۲۲، التحریر ۱: ۱۶۶، س ۱۴.

۳- التذکره ۱: ۵۲۰ س ۳۹.

۴- القواعد ۲: ۷۱.

۵- الإرشاد ۱: ۳۷۴، التحریر ۱: ۱۶۶ س ۱۵.

۶- القواعد ۲: ۶۶.

۷- المجموع ۹: ۱۹۱.

۸- التحریر ۱: ۱۶۶ س ۲۱، المسالک ۳: ۲۰۱، الکفایه: ۹۱ س ۳۷.

۹- الدروس ۳: ۲۶۹.

و بناءً علی ذلک لو شرط الخیار شهراً یوماً و یوماً لا، احتمل البطلان للتدافع لأنّ قوله: «لی الخیار شهراً» یقتضی تمام الشهر و قوله: «یوماً و یوماً لا» لا یقتضی ذلک بل نصفه. و یتدافعان، و الصحّه شهراً و لکن یحصل فی ضمن شهرین بناءً علی أنّ الشهر مفعول به، و الصحّه خمسه عشر یوماً بناءً علی أنّ الشهر مفعول فیه لأنّه و إن کان المتبادر من الشهر کونه تماماً لکن قوله: «یوماً و یوماً لا» یکشف عن أن یکون المراد به نصف شهر لأنّه مفسّر له، و هذا هو الأقرب.

و لو أتی بلفظ «فی» فقال: ولی فی الشهر کذلک، تعیّن ذلک.

و لو قصد «الهلالی» فالأشبه البطلان، لجهاله الشرط، إذ قد ینقص الشهر فلا یحصل فیه أحدهما.

و احتمل فی التحریر فی الأوّل صحّه الیوم الأوّل خاصّه و بطلان العقد و صحّته بحسب الشرط. و استقرب الأخیر (۱).

و لو أطلق المدّه، فالأظهر انصرافه إلی الاتّصال کما فی خیار الحیوان وفاقاً للشرائع و الجامع و المختلف و التذکره و التحریر و القواعد و الإرشاد و التنقیح و غایه المرام و تلخیص الخلاف و تعلیق الإرشاد و المسالک (۲) و خلافاً للخلاف و المبسوط و الغنیه و السرائر فمن حین التفرّق (۳).

و توقّف الشهید فی الدروس عن الحکم فی الموضعین (۴) و البیان البیان و النقض النقص. و یتأکّد المختار هنا، بلزوم بطلان الشرط لو کان من حین التفرّق للزوم الجهل به و لذا امتنع النصّ علیه، و بجواز اشتراط الاتّصال بالعقد کما اعترف به الشیخ و الحلّی (۵) و ادّعی فی التذکره صحّته عندنا (۶) فیسقط حججهم المذکوره

۱- التحریر ۱: ۱۶۶ س ۲۱.

۲- الشرائع ۲: ۲۴، الجامع: ۲۴۷، المختلف ۵: ۶۷، التذکره ۱: ۵۲ س ۲۷، التحریر ۱: ۱۶۸ س ۲۶، القواعد ۲: ۶۶، الإرشاد ۱: ۳۷۴، التنقیح ۲: ۴۵، غایه المرام ۲: ۴۵، تلخیص الخلاف ۲: ۱۷، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۴، المسالک ۳: ۲۱۸.

۳- الخلاف ۳: ۳۳ المسأله ۴۴، المبسوط ۲: ۸۵، الغنیه: ۲۲۰، السرائر ۲: ۲۴۷.

۴- الدروس ۳: ۲۶۹ و ۲۷۲.

۵- المبسوط ۲: ۸۵، السرائر ۲: ۲۴۷.

۶- التذکره ۱: ۵۲۰ س ۳۳.

القاضيه بالامتناع من تداخل الأسباب و توارد العلل و اجتماع المثلين، إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط إلى الجواز.

و لو كان المبيع حيواناً فاللازم من دليلهم تأخير شرط المشترى عن الثلاثه، و هو بعيد من قصد المشترط.

و فى الصحيحه: «عن الرجل يشترى الدابّه أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابّه، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلاثه أيّام» (۱) فإنّه دالّ على أنّ خيار الشرط أعنى اليوم و اليومين داخل فى خيار الحيوان أعنى الثلاثه أيّام، و إلّا لجعل «اليوم و اليومين» اللذين هما خيار الشرط بعد خيار الحيوان.

و يشكل الحكم بالاتّصال مع العلم بالخيار و تساوى المدّتين أو قصر الشرط، و الظاهر تأخير الخيار حينئذٍ عملًا بشاهد الحال.

و لو زاد الشرط احتمل التأخير مطلقاً، و الاتّصال مطلقاً، و التفصيل بمقتضى العرف فيتأخّر فى مثل الأربعه و الخمسه و يتّصل فى نحو الشهر و السنه، و لا بأس به، أمّا مع الاختلاف بالعلم و الجهل فلا يبعد البطلان.

و لو أطلق الخيار فالقول فى الثلاثه الّتى ينصرف إليها الإطلاق على القول به كالمدّه المشترطه.

[و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكلّ منهما و لأجنبىّ]

قال المصنّف: «و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكلّ منهما و لأجنبىّ عنهما أو عن أحدهما»

لا ريب أنّ شرط الخيار قد يكون للبائع، أو للمشترى، أو لهما، أو لأجنبىّ، متّحداً، أو متعدّداً، منفرداً، أو مع البائع أو المشترى، أو معهما، مع التوافق فى المدّه أو التخالف، أو معهما، فى ذلك العقد أو غيره، أو فيهما، مع قيد الاجتماع فيه أو عدمه، أو الاختلاف متّصل أو منفصل، أو مختلف مع سبق الاتّصال أو الانفصال، أو متّصل فى البائع و منفصل فى المشترى و ما عداه، أو متّصل فى المشترى

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۲ ب ۵ من أبواب الخيار، ح ۲.

و منفصل فيما عداه، أو لهما كذلك، أو للأجنبیّ مع أحدهما أو معهما كذلك.

و الأقسام كثيره جـدّاً و تتضاعف الأقسام فيما إذا قلنا بجواز اشتراط الخيار فی بعض المبيع كما هو مـذهب البعض (۱) و إن كان الأقوی خلافه، لا بسـبب ضـرر التبعيض كما فی الخيار الّذی مسـتنده الضرر أو مطلقاً و أنّ الضرر لا يجبر بمثله لانتفائه فيه بسبب الإقدام، بل لوحده العقد فيكون شرطاً مخالفاً لمقتضاه كما تقدّم فی خيار الحيوان (۲).

نعم قد ادّعی الإجماع علی جوازه بعض المتأخّرين، فإن تمّ فهو الحجّه، و لكنّه محلّ منع.

و فی اشتراط الخيار للمبيع كما إذا كان عبداً وجهان الصحّه و البطلان مبتيّان علی أنّ العبد يملك مثل هذا الحقّ أو لا، و الأقوی الصحّه و إن قلنا بالثانی، و يرجع الخيار إلی مولاه و تتضاعف بهذا الأقسام أيضاً.

و قول المصـنّف: «و لأجنبیّ عنهما أو عن أحـدهما» و يحتمل دخول ذلك (۳) تحت قوله: «و لأجنبیّ عنهما» و يريـد بقوله: «أو عن أحدهما» شرط المشتری الخيار للبائع أو بالعكس فإنّ كلّاً منهما أجنبیّ بالنسبه إلی الآخر، و الأوّل أظهر.

و علی كـلّ حـال فجواز جعـل الخيـار لهمـا أو لأحـدهما أو لثـالث أو لهما أو لأحـدهما مع الثالث قـد ادّعی الإجماع عليه بعض المتأخّرين (۴) و نفی الخلاف فيه فی الكفايه (۵). و فی الريـاض نقل الإجماع علی ذلك عن الخلاف و الغنيه و التـذكره (۶) و الموجود فی التذكره الإجماع علی خصوص جعل الخيار للأجنبیّ (۷) و ليس فی الخلاف و الغنيه شی ء من ذلك.

۱- مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ۲۴۹ س ۱۲.

۲- راجع ص ۴۴.

۳- العبـاره مضـطربه، و لعلّهـا فی الأصـل: و يحتمـل دخول ذلـك (اشتراط الخيار للعبـد المبيع) تحت قول المصـنّف: «و لأجنبیّ عنهما أو عن أحدهما» و يريد بقوله ..

۴- المصابيح (مخطوط): الورقه ۲۴۹ س ۱۲.

۵- الكفايه: ۹۱ س ۳۵.

۶- الرياض ۸: ۱۸۷.

۷- التذكره ۱: ۵۲۱ س ۷.

و جواز باقى الأقسام مبنىّ على كون الخيار على وفق القاعده، أو كون الشرط مثبتاً للغايه، أو على شمول الدليل الخاصّ لذلك، و قد عرفت حقيقه الحال.

و أياً ما كان فإن اتّحد ذو الخيار فالأمر إليه و إلّا قدّم الفاسخ و لو أجنبيّاً، خلافاً للطوسى فأبطل اعتبار أحدهما إذا كان الخيار فسخاً أو إمضاءً إلّا أن يتّفقا عليه (۱) و كأنّ وجهه فهم قيد الاجتماع من الإطلاق كما فى الوصيّين، و هو ضعيف.

و صرف الخيار إلى المشترى إذا كان للأجنبىّ و لم يرض بالبيع، و هو ضعيف كسابقه، لأنّ جعل رأى الأجنبىّ نافذاً فى الرضا دون الفسخ تحكّم.

و كون الأوّل موافقاً لمقتضى العقد دون الثانى لا يصلح فارقاً، و أيضاً تخصيص المشترى بانصراف الخيار إليه دون البائع ليس له وجه يعتدّ به، و أيضاً صرف هذا الخيار عمّن هو له إلى غيره من غير وجه صحيح لا يعتدّ به.

و فى الدروس باستقلال الأجنبىّ إذا انفرد و احتمله مع الاجتماع (۲) و ينبغى القطع به كالأوّل، لأنّه قد جعل له الخيار فى الصورتين، فلا فرق بينهما إلّا بناءً على التوكيل، فإنّه يكون عزلًا مع المخالفه و اللحوق.

و لعلّه يؤيّد ذلك إلّا أنّ الظاهر من الأصحاب أنّه تحكيم لا توكيل، و يجب عليه اعتماد المصلحه فى جميع الصور تحكيماً كان أو توكيلًا لأنّه أمين. فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ. و يحتمل المضىّ بموافقته المصلحه واقعاً و إن لم يعتمدها، و هو غير بعيد.

و لو اختلفا فيه قدّم قوله مع احتمال تحرّى الأصلح. و يشترط تعيين الموضوع فلو اشترطا الخيار لأحدهما من غير تعيين، بطل الشرط كما فى القواعد (۳).

[و يجوز اشتراط المؤامره]

قال المصنّف: «و اشتراط المؤامره»

يجرى فى الاستئمار ما يجرى فى الخيار: من أنّه قد يكون للبائع أو المشترى، أو لهما، أو للأجنبىّ عنهما، أو عن أحدهما، مفرداً أو مع البائع أو المشترى، أو معهما متّصلًا أو منفصلًا، أو متّصلًا و منفصلًا، إلى غير ذلك.

۱- الوسيله: ۲۳۸.

۲- الدروس ۳: ۲۶۸.

۳- القواعد ۲: ۶۷.

و معناه جعل سلطنه الأمر إليه و الخيار لغيره لا له، و حكمه أنّه يلزم العقد من جهه الشرط و يتوقّف على أمر المستأمر فإن أمره بالفسخ جاز الفسخ، و لا يتعيّن عليه لانتفاء المقتضى، إلّا أن يشترط ذلك أيضاً.

و لو أراد الفسخ لم يكن له إلّا بأمره، خلافاً للعلّامه فی التحریر حیث قال: له الفسخ قبل الاستئمار (۱) و هو ضعیف، لأنّ الأصل لزوم العقد، و هو لم یجعل الخیار لنفسه ابتداءً و إنّما جعله مرتّباً علی الأمر.

و جواز هذا الشرط مع تعیین المدّه، بالأصل، و العمومات، و الإجماع المنقول فی جامع المقاصد و ظاهر التذکره (۲) و لا یشترط تعیین المؤامر باسمه بل یشخّصه و یدلّ علیه.

و لو قیل بجواز استئمار من کان خلف الجدار و إن لم یعلم ما هو أو واحد من الناس أو من جماعه محصورین و نحو ذلک بناءً علی أنّ الشرط کالصلح فی الجهاله لکان له وجه. نعم یستثنی المبهم الّذی لا وجود له.

و فی الحقیقه ترجع هذه المسأله بشقوقها إلی ما دلّ علی الوفاء بالشرط، فلو شرط الأخذ بنهیه أو بعکس أمره أو بإذنه أو برضاه أو بسکوته أو بغیر ذلک کائناً ما (۳) کان جاز، إلّا أن یقال: إنّ فیه مخالفه للقاعده باعتبار رجوعه إلی تعلیق شرط الخیار فیقتصر فیه علی المتیقّن. و فیه: نظر کما سیجیء فی مبحث الشروط، و حال الاتّصال و الانفصال و وحده المستأمر و تعدّده و ترامی الأوامر فیشترط أمر فلان و فلان و هکذا ثمّ یرجع إلی المتعاقدین ثمّ وجوب امتثال أمره أو عدم وجوبه علی نحو ما شرط، و کذلک یجری فی الاستئمار فی سقوط الخیار علی نحو التفاصیل المتقدّمه، و کذا الاستئمار فی التملیکات الخارجیّه، و المسأله کثیره الشقوق تعلم بالمقایسه.

۱- التحریر ۱: ۱۶۶ س ۲۸.

۲- جامع المقاصد ۴: ۲۹۲، التذکره ۱: ۵۲۱ س ۲۶.

۳- فی المخطوطتین: من.

ثمّ إنّ الموجود فی کلام المصنّف و غیره من الأصحاب لفظ «المؤامره» و «الاستئمار» و هما مأخوذان من الأمر، و هو أعمّ من الإیجاب، فلا یختصّ بالإیجاب کما قد یتخیّل فإذا أوجب أو ندب کان أمراً، سواء قلنا بأنّ الأمر مطلق الطلب أو قلنا: قول «افعل» لأنّ العارض غیر المعروض و اسم اللفظ لیس متّفقاً مع المسمّی فی المعنی.

و التحقیق کما تقدّم أنّ الحکم یتبع الشرط، فإن شرط الإیجاب أو الندب أو الإذن اتّبع و إن جعل له مع أمره الخیار اتّبع.

و الحاصل أنّ المدار علی الشرط فی الأمر و المأمور، و کیفیّه الأمر و فی الإسقاط، و فی تملیک خارجیّ، و غیر ذلک کما تقدّم.

قال المصنّف: «فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت، فذاک، و إن سکت فالأقرب اللزوم، و لا یلزم الاختیار، و کذا من جعل له الخیار»

یمکن أن یقرأ بالبناء للمجهول و یکون قوله: «فسخت» أو «أجزت» کنایه عن الأمر بالفسخ و الإجازه، و بالبناء للفاعل و یبقی قوله: «فسخت» أو «أجزت» علی ظاهره. و المراد بالسکوت إمّا الأعمّ من السکوت عن الاستئمار أو عن الفسخ و الإجازه بعده، أو الثانی فقط، و هو الأظهر.

و أیّاً ما کان فلیس فیه مخالفه لما هو المشهور بین الأصحاب من أنّ المستأمر بفتح المیم لیس له الفسخ و لا الالتزام و إنّما إلیه الأمر و الرأی خاصّه.

و دعوی ظهور العباره فی الوجه الأوّل بقرینه قوله: «و لا یلزم الاختیار» و قوله: «و کذا من جعل له الخیار» ممنوعه لأنّ الّذی ینبغی أنّ یتبّه علیه عدم لزوم الاختیار علی المستأمر بالکسر بعد توجّه الأمر إلیه کما نبّه علیه الأصحاب. أمّا المستأمر بالفتح فلا وجه للزوم الاختیار علیه حتّی ینبّه علیه.

و الظاهر أنّ المراد بالعباره الثانیه تشبیه المجعول له الخیار بالواسطه بالمجعول له ابتداءً.

و أمّا المستأمر بالفتح فلا حظّ له فی الخیار بوجه حتّی یناسب فیه التشبیه و قول المصنّف: «الأقرب» یشعر بأنّه هناک وجه آخر قریب، و لم أتحقّقه.

ثمّ إنّ المراد فی کلام المصنّف بالمستأمر بالفتح أو بالکسر علی الوجهین ما کان فی مرتبه واحده و إلّا فقد یترامی الاستئمار فیکون فی المرتبه الدنیا مستأمراً فقط، و فی العلیا مستأمراً بفتحها فقط، و فی الأواسط مستأمِراً و مستأمَراً معاً باختلاف الاعتبار، و کلّ واحد من الأواسط لیس له الفسخ و الإجازه و لا الأمر بهما، کما هو ظاهر.

ثمّ بناءً علی حمل کلام المصنّف علی ما یظهر من عبارته بحسب دعوی الشارح (۱) و ان خالف ظاهر الأصحاب یکون الفرق عنده بین المستأمر و المشروط له الخیار إذا کان أجنبیّاً أنّ الأوّل لیس له من الأمر شی ء إلّا بعد الاستشاره بخلاف الثانی فإنّ له الإمضاء و الفسخ بادئ بدئه.

و یشترط فی المستأمر اعتبار المصلحه، لأنّه أمین.

[و یجب اشتراط مدّه المؤامره]

قال المصنّف: «و یجب اشتراط مدّه المؤامره»

کما فی التحریر و التذکره و المختلف و تعلیق الإرشاد و المیسیّه و المسالک و الشرح (۲)، للزوم الجهاله مع الإطلاق، و للنهی عن الغرر، و تطرّق الجهاله إلی العوضین لجهاله الشرط، و لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف و الإناطه بالمختلف مثار الاختلاف.

و ربّما قضی به الإجماع المنقول علی لزوم تعیین مدّه الخیار (۳) و ظاهرهم عدم الفرق فی المنع بین الإناطه بمدّه مجهوله و بین الإطلاق، خلافاً للشیخ فی الثانی (۴) حیث جعله کاشتراط الخیار مع الإطلاق ینصرف إلی ثلاثه أیّام مدّعیاً فیه (۵) النصّ و الإجماع و هما ممنوعان.

۱- الروضه ۳: ۴۵۵ ۴۵۶.

۲- التحریر ۱: ۱۶۶ س ۲۷، التذکره ۱: ۵۲۱ س ۲۶، المختلف ۵: ۶۷، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۴ س ۲۳، المسالک ۳: ۲۰۲، الروضه ۳: ۴۵۷.

۳- کما صرّح به فی مفتاح الکرامه ۴: ۵۶۱ س ۵.

۴- الخلاف ۳: ۳۷، المسأله ۵۱.

۵- یعنی فی الشرط راجع الخلاف ۳: ص ۲۰ المسأله ۲۵.

ثمّ إنّ المصنّف لم يتعرّض لجواز اشتراط البائع ردّ المبيع من المشتری حیث یردّ علیه الثمن فی مدّه معیّنه، و قد ذکره جماعه من الأصحاب بعد ذکرهم شرط المؤامره. و نقل علیه الإجماع فی الخلاف و الغنیه و جواهر القاضی و جامع المقاصد و المسالک و ظاهر التذکره و شرح الإرشاد للفخر (۱).

و یدلّ علیه الأصل و عموم الکتاب (۲) و السنّه (۳) علی القول بمشروعیّه شرط أصل الخیار و إلّا فدلیله الخاصّ قاضٍ به لأنّه قسم منه، و خصوص الأخبار المعتبره فی الباب:

منها: الصحیح، فی من اشترط علیه ذلک أری أنّه لک إن لم یفعل و إن جاء بالمال للوقت فردّ علیه (۴).

و منها: الموثّق، رجل مسلم احتاج إلی بیع داره فمشی إلی أخیه فقال له أبیعک داری هذه علی أن تشترط لی إن أنا جئتک بثمنها إلی سنه أن تردّ علیّ، قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلی سنه ردّها علیه (۵).

و منها: روایه أبی الجارود عن أبی جعفر علیه السلام قال: إن بعت رجلًا علی شرط، فإن أتاک بمالک، و إلّا فالبیع لک (۶).

و ظاهر هذه الروایات کمعاقد الإجماعات السابقه وجوب ردّ الثمن و إن لم یفسخ البائع، و هو خلاف ما صرّح به أکثر الأصحاب.

و لعلّ ظاهر الروایات و الإجماعات منزّله علی الغالب من تعقیب ردّ الثمن بالفسخ کأن یقول له: خذ دراهمک فقد فسخت و نحو ذلک، أو علی شرط الانفساخ بردّ الثمن بناءً علی أنّ الشرط یثبت الغایات.

۱- الخلاف ۳: ۱۹ المسأله ۲۲، الغنیه: ۲۱۵، جواهر الفقه: ۵۴ المسأله ۱۹۲، جامع المقاصد ۴: ۲۹۳، المسالک ۳: ۲۰۲، و راجع التذکره ۱: ۵۱۹.

۲- المائده: ۱.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۳ ۳۵۴، ب ۶ من أبواب الخیار، ح ۱ و ۲.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۵۴، ب ۷ من أبواب الخیار، ح ۱.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۵۵ ب ۸ من أبواب الخیار، ح ۱.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ ب ۷ من أبواب الخیار، ح ۲.

و فی الریاض أبقاها علی ظاهرها بـدعوی: أنّ العاده قاضـیه بکون مثل هـذا الردّ فسـخاً للمعامله فتکون دلالته بقرینه (۱) و یکفی فی السقوط الفعل الظاهر فی الإسقاط کما تقدّم.

و فیه بعد تسلیم دلالته علی ذلک: أنّ الخیار المشترط إنّما هو بعد ردّ الثمن فکیف یحصل الفسخ بنفس الردّ السابق علیه.

ثمّ إنّه لاـ یفترق الحال فی الاحتیاج إلی الفسخ بین قول المشـهور و قول الشـیخ و إن افترقا فی وجه الاحتیاج إلیه، فإنّه فی الأوّل لعود الملک و فی الثانی لاستقراره.

ثمّ إنّه لا فرق فی هذا الشرط بین أن یکون من البائع علی المشتری أو من المشتری علیه.

و الظاهر أنّه لا فرق بین ردّ عینه أو مثله أو قیمته، و لا یحمل إطلاقه علی العین.

و لو شرط ردّ العین، احتمل البطلان لمنافاته لمقتضی العقد، و الصحّه للعموم (۲) و هو الأقرب. و لو شرط ردّ بعض المبیع ببعض الثمن ففیه الوجهان السابقان فی اشتراط الخیار فی بعض المبیع. و لو جاء ببعض الثمن. لم یجب القبول.

و لو کانت المدّه ظرفاً للأداء و الاسترجاع کان له الفسخ متی (۳) جاء بالثمن فی أثنائها، و یجب علی المشتری قبضه. و لو جعلها غایه لم یجب قبضه إلّا بعد مضیّها.

و لو شـرط المشتری ارتجاع الثمن إذا ردّ المبیع صـحّ و یکون الفسخ مشـروطاً بعینه، و لا یتعدّی إلی مثله أو قیمته إلّا مع الشـرط بخلاف الثمن، و الفارق العرف.

و لو شرطا الارتجاعین و اتّحد الوقت صحّا قطعاً، و إن تغایر الوقت احتمل صحّتهما فالسابق یرتجع، فإن ترک ارتجع الآخر هکذا فی الدروس (۴).

و لاـ یتوقّف الفسـخ فی الخیـار مطلقـاً علی خصوص الخصم و لا علی الحاکم مع تعـذّره و عـدمه، لأنّه إیقاع لا عقـد خلافاً لابن الجنید (۵).

۱- الریاض ۸: ۱۸۹.

۲- المؤمنون عند شروطهم.

۳- فی بعض المخطوطات: «حتّی لو» بدل: متی.

۴- الدروس ۳: ۲۷۰.

۵- حکاه عنه الشهید فی الدروس ۳: ۲۷۰.

نعم فی خصوص المقام قد یظهر من الروایات ذلک، و الظاهر أنّه باعتبار اشتراطه ردّ الثمن علیه لا باعتبار اشتراط کون الفسخ بحضوره.

فلو اشترط ردّ الثمن علی غیره أو علیه و قد دفعه إلیه و فسخ بعد ذلک من دون حضوره کفی.

تذییل:

یسقط هذا الخیار بانقضاء الشرط و الإمضاء من المشروط له بالإجماع، و سقوط الحقوق بالإسقاط، و لأنّ المدار فی سقوط الخیار علی الرضا بالبیع کما یستفاد من النصوص علی أحد الوجهین و الإیجاب صریح فیه للمعتبره المستفیضه:

منها: الصحیح، فی من ابتاع ثوباً بشرط فیعطی به ربحاً: إن رغب فی الربح فلیوجب علی نفسه الثوب، و لا یجعل علی نفسه أن یردّ الثوب علی صاحبه إن ردّ علیه (۱).

نعم فی المعلّق علی ارتجاع الثمن و نحوه قبل حصوله، قد یقال: إنّه من الإسقاط قبل الثبوت، و هو ضعیف.

و یسقط خیار المشتری بتصرّفه فی المبیع بالإجماع کما فی الخلاف و الغنیه و کنز الفوائد و جامع المقاصد (۲) و العلّه المنصوصه فی الحیوان علی الوجه الظاهر من الروایه و الأولویّه فإنّه متی سقط به الخیار الأصلی فالمشترط أولی بأن یسقط به، و لنقل الشیخ و القاضی ورود الأخبار من طریق الأصحاب بسقوط خیار المشتری بالتصرّف محتجّین بها فی الشرط (۳) و کفی بهما ناقلین.

و الحکم مقطوع به فی کلامهم، و الإجماع فیه محصّل. و قد نصّ علیه الشیخان و الحلبیّان و الفاضلان و الشهیدان و القاضی و الدیلمی و الحلّی و السیوری

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۹ ب ۱۲ من أبواب الخیار ح ۲.

۲- الخلاف ۳: ۲۴ المسأله ۳۱، الغنیه ۲۱۹، کنز الفوائد ۱: ۴۵۵ و لم یصرّح بالإجماع جامع المقاصد ۴: ۳۰۴.

۳- الخلاف ۳: ۲۴ المسأله ۳۱، جواهر الفقه: ۵۵.

و الصیمری و الکرکی (۱) و غیرهم.

و توقّف فیه فی مجمع البرهان و استصعبه لعدم الظفر بالدلیل (۲). و بما قرّرناه وضح السبیل.

و کما یسقط خیار المشتری بالتصرّف فی المبیع فکذا خیار البائع بالتصرّف فی الثمن، کما صرّح به جماعه، و علم من رأی الباقین للإجماع المنقول فی الحاشیه العلیّه (۳). و لظاهر الروایه (۴) و تعلیل کثیر من الأصحاب بعلّتها و إناطه کثیر من الأحکام بها، و لما یلوح منهم من عدم الفرق بین الثمن و المثمن و إن کان الغرض غالباً فی المثمن، و للمناط المنقّح علی الظاهر.

و ما یظهر من صحیحه سعید بن یسار (۵) و موثّقه ابن عمّار (۶) و روایتی ابن المیسره (۷) و ابن الجارود (۸)- من أنّ تصرّف البائع بالثمن مع شرط الخیار له عند ارتجاع الثمن غیر مسقط لخیاره لحکمهم علیهم السلام بالخیار مع ترک الاستفصال مع أنّه من أبعد البعید عدم التصرّف فی جمیع تلک المدّه، بل الظاهر أنّه ما باع إلّا لیتصرّف فیه و سیره الناس الیوم علی ذلک فمحمول إمّا علی الشرط الضمنی بعدم سقوط الخیار بتصرّفه کما هو الشأن الیوم فإنّ دخول الشرط معلوم ضمناً فی محاوراتهم.

و مثل هذا الشرط یلزم کغیره من الشروط، و الضمنیّه لا تضرّ کما عرفت. و لکن هذا مبنیّ علی عدم کون التصرّف مسقطاً تعبّداً و أنّه یقع السقوط به قهراً و إلّا

۱- المقنعه: ۵۹۲، الخلاف ۳: ۲۴ المسأله ۳۱، الکافی فی الفقه: ۳۵۳، الغنیه: ۲۱۹، الشرائع ۲: ۲۳، التحریر ۱: ۱۶۸ س ۲، الدروس ۳: ۲۷، المسالک ۳: ۲۱۳، جواهر الفقه: ۵۴ ۵۵ المسأله ۱۹۶، المراسم: ۱۷۳، السرائر ۲: ۲۸۰، التنقیح الرائع ۲: ۵، جامع المقاصد ۴: ۳۰۴.

۲- مجمع الفائده ۸: ۴۱۲.

۳- جامع المقاصد ۴: ۳۰۴.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۵۰ ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۱.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ ب ۷ من أبواب الخیار، ح ۱.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۵۵ ب ۸ من أبواب الخیار، ح ۱.

۷- الوسائل ۱۲: ۳۵۵ ب ۸ من أبواب الخیار، ح ۲.

۸- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ ب ۷ من أبواب الخیار، ح ۲.

كان شرطاً مخالفاً للسنّه. اللّهمّ إلّا على تقدير القول بإثبات الشروط للغايات إلّا ما دلّ الدليل على عدمه، و لا دليل فى المقام.

أو على أنّه لمّا كان الخيار معلّقاً على ارتجاع مال المشترى و ارتجاع الثمن أو مثله يعدّ ارتجاعاً لماله عرفاً، فيحكم بتحقّق الخيار، فكان الثمن على هذا هو الأعمّ من الثمن و مثله، و لم يقع التصرّف فيه و إنّما تصرّف بغيره، فتأمّل.

أو على الفرق بين التصرّف فى زمان الخيار و التصرّف قبله. و ما اشتملت عليه الروايات من التصرّف قبله، لأنّ الخيار لا يثبت إلّا بعد ارتجاع الثمن و التصرّف قبله. و ربّما يؤيّد ذلك تقييد كثير منهم فى مدّه الخيار.

أو يحكم بخصوص ما اشتملت عليه الروايات للنصّ و الإجماع الظاهر على العمل بظاهرها و السيره المستمرّه على ذلك. و يبقى الباقى من شرط ارتجاع المبيع و نحوه على وفق القاعده.

و قد حمل هذه الروايات بعض المتأخّرين على ما إذا علم من ذلك التصرّف عدم الرضا بالإمضاء (١) كما هو المعلوم اليوم من سيره النـاس فى بيع الشرط، لأنّ الأصل فى التصرّف الدلاله على الرضا، إلّا أن يعلم الخلاف، و قد علم فى هذا المقام. و هذا مبنيّ على أحد الوجوه فى التصرّف، و قد تقدّم الكلام فى ذلك (٢).

و هذا كلّه فيما لو كان الخيار لأحد المتعاقدين و المتصرّف ذو الخيار. و لو كان الخيار لأجنبيّ فتصرّف من كان الخيار عنه لا يسقط خيار الأجنبيّ، لأنّه ليس له الالتزام و الفسخ، بل الأمر إلى الأجنبيّ، إلّا إذا قلنا بأنّه توكيل، فإنّه يكون تصرّفه التزاماً فيما انتقل إليه و فسخاً فيما انتقل منه.

و لو تصرّف الأجنبيّ فإن لم يكن وكيلًا على التصرّف فلا عبره بتصرّفه قطعاً، و إن كان وكيلًا أو فضولًا و لحقته الإجازه ففى كون تصرّفه التزاماً نظر: لدلالته على الرضا، و لعدم شمول أدلّه كون التصرّف مسقطاً للخيار له.

١- مفتاح الكرامه ۴: ۵۸۷ س ٣١.

٢- عند قول المصنّف فى خيار الحيوان: أو تصرّفه.

و مثل ذلک تصرّف المالک بإذن الأجنبیّ ذی الخیار أو وکیل للمالک بإذنه، و قد تقدّم البحث فی ذلک (۱).

و هذا کلّه فی تصرّف المشتری بالمبیع و البائع بالثمن.

و لو تصرّفا فیما انتقل عنهما فهو فسخ منهما، لتصریح الأصحاب بأنّ کلّ تصرّف یمضی به البیع من أحدهما فهو فسخ من الآخر علی تقدیر حصوله منه، و ذلک کما إذا تصرّف المشتری بالمبیع، فإنّ تصرّفه إمضاء. و لو تصرّف الآخر أعنی البائع فی المبیع کان تصرّفه فسخاً، لأنّ الفسخ کما یحصل بالقول یحصل بالفعل. و التصرّف کما یدلّ علی الإمضاء یدلّ علی الفسخ، بل دلالته علی الفسخ أقوی، فیکون أولی بالاعتبار.

و لأنّ هذا التصرّف لو لم یکن فسخاً لکان ممنوعاً منه شرعاً فی کثیر من المقامات، لمصادفه ملک الغیر علی المشهور من الانتقال بنفس العقد، و الأصل فی تصرّفات المسلم وقوعها علی الوجه السائغ الصحیح، فیکون فسخاً. و لو کان الخیار لهما، فتصرّف أحدهما، فإن کان فیما انتقل عنه بطل الخیاران، و إلّا اختصّ بالبطلان.

[الرابع خیار التأخیر]

اشاره

۱- فی خیار الحیوان فی أنحاء التصرّف عند قوله: ثمّ التصرّف قد یکون عمداً .. الخ.

قال المصنّف:

«الرابع: خيار التأخير»

[تخصيص هذا الخيار بالبيع]

و هو كخيـار التقـديم بالنسـبه إلى بيع الملقوط أو المخروط أو المجزور مثلًا قبل البلوغ، فجاء لزوم المبادره قبل الاسـتواء من قبل البائع من جهه أرضه أو مائه و نحوهما.

و تخصـيص هـذا الخيـار بـالبيع بلا خلاف للأصل و اختصاص الأدلّه به و بالبائع، فلا يثبت للمشترى كما نصّ عليه المفيـد (۱) و المرتضى حاكياً عليه الإجماع (۲) و هو قضيّه كلام البـاقين حيث تعرّضوا لخيار البائع فحكموا به و لم يتعرّضوا لخيار المشترى، فالإجمـاع محصّـل فضـلًا عن أن يكون منقولًـا على الظـاهر، و هو مقتضـى الأصـل، لأنّ الأصل عـدم الخيار خرج المعلوم و بقى الباقى. و ربّما استفيد من النصوص من تخصيص الحكم بالمنصوص.

و لا بـدّ من تحقيق عميق فى بيان هـذا الأصل فنقول: إنّ القيود الزمانيّه أو المكانيّه أو الوصـفيّه و هكذا إن اسـتفيدت من إطلاق العقد كالتعجيل و مكان العقد للتسـليم و الأجل المضـروب للسـلم فلا خيار، إمّا باعتبار أنّها أحكام شـرعيّه مترتّبه على ما يقتضيه العقد من النقل و الانتقال و ليست هى بمقتضى العقد.

۱- المقنعه: ۵۹۱ ۵۹۲.

۲- الانتصار: ۴۳۷ ۴۳۸، المسأله ۲۴۹.

أو باعتبار أنّها شرائط ضمنيّه و المدار على الشرط الصريح و لا عبره بالضمنى فلا يجرى فيها خيار الاشتراط.

أو باعتبار أنّ الشرط المثبت للخيار ما يكون مشروطه ليس من لوازم العقد و للشرط تأثير فيه، و ما هنا ليس كذلك، لأنّها أحكام لازمه بدون الشرط فلا تؤثّر و إن صرّح بها.

أو أنّ العقد و إن اقتضاها لكن لا على جهه الشرطيّه فى العقد و أنّه مشروط بذلك إذ ليس كلّ ما يقتضيه العقد يقتضيه على جهه الشرطيّه، و هو الوجه. و الأوجه السابقه كلّها مدخوله.

و ربّما يندفع من هنا ما يرد أنّه ما الفرق بين اقتضاء العقد الصحّه حتّى أوجب خيار فواتها و بين اقتضائه الحلول و هذه الأشياء فلا يوجب فواتها الخيار، و كون الفارق النصّ خلاف الظاهر من كلماتهم.

و يمكن الجواب أيضاً بأنّ اقتضاء العقد الصحّه صيّرها بمنزله جزء المبيع، بخلاف هذه الأشياء، فإنّها امور خارجه.

و فى المقام بحث، لأنّ الزمان له قسط من الثمن، و كذا المكان مثلًا، فإذا اختلّا ذهب بعض العوض و كان الصفقه تبعّضت و حديث «الضرر و الضرار (۱)» مقتضٍ لذلك، فيجرى بالنسبه إلى المشترى و سائر العقود، و يكون الاشتراط فى الثلاثه فى الخيار على خلاف الأصل، إذ ينبغى ثبوته بمجرّد التأخير.

و الأقوى عدم ثبوت هذا الخيار فى غير المنصوص للقاعده فضلًا عن الدليل، لعدم دخول الزمان و المكان فى العوضين فلا يكون من باب التبعيض، و الضرر و الضرار يدفعهما أيضاً القدره على المقاصّه فلا يتعيّن الخيار، و لا ينافى ذلك أنّ المقاصّه إنّما تشرع مع الامتناع فقط، على أنّ حديث الضرر لا نقول به على

۱- الوسائل ۱۷: ۳۱۹ ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱ و ۳۴۱ ب ۱۲ من أبواب إحياء الموات، ح ۳.

عمومه و لا یثبت خیارات لا تعدّ و لا تحصی، بل المدار علی الضرر الخاصّ الّذی یکشف عنه الشارع، کما هو المعلوم من طریقه الأصحاب.

فبناءً علی ما ذکرنا لا یتجاوز البیع إلی ما عداه من العقود و الإیقاعات و لا البائع إلی غیره، و کلّ مورد شکّ فی دخوله تحت النصوص و الإجماع، ینفی بالأصل.

و استشعر فی الدروس ثبوت هذا الخیار للمشتری من الأصحاب من عدم حکمهم علی إجباره علی النقد (۱) و وجهه احتباس المبیع کما هو المفروض و الرضا بالتأخیر کما هو الظاهر.

نعم یحتمل ذلک لو انعکس فأخّر البائع تسلیم المبیع دفعاً للضرر الحاصل، و الأشبه العدم اقتصاراً فیما خالف الأصل علی مورد النصّ و الإجماع.

ثمّ إنّ ثبوت هذا الخیار للبائع بعد الثلاثه بالشروط الآتیه هو المشهور بین الأصحاب شهره محصّله و منقوله بل الإجماع فیه محصّل فضلًا عن أن یکون منقولًا عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنیه و التذکره و المسالک و المفاتیح و ظاهر المهذّب البارع و التنقیح و إیضاح النافع (۲).

و الأصل بمعنی استصحاب بقاء الملک قاضٍ به.

و ما یقال: من أنّ استصحاب الجنس لا یجوز لأنّه یذهب بذهاب الفصل، مردود بأنّه من الامور الخارجه و الامور الخارجه کبیاض زید و سواده و نحوهما من الأعراض فإنّه لا یقدح فی الاستصحاب زواله.

و المعتبره دالّه علیه:

منها: الصحیح فی الفقیه، إن جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیّام، و إلّا فلا بیع له (۳).

۱- الدروس ۳: ۲۷۳.

۲- الانتصار: ۴۳۷، الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴، جواهر الفقه: ۵۴ المسأله ۱۹۳، الغنیه: ۲۱۹، التذکره ۱: ۵۲۳ س ۱۴، المسالک ۳: ۲۰۸، المفاتیح ۳: ۷۴ ۷۵ مفتاح ۹۲۳، المهذّب البارع ۲: ۳۸۰۳۷۹، التنقیح ۲: ۴۸.

۳- الفقیه ۳: ۲۰۲ ح ۳۷۶۶. الوسائل ۱۲: ۳۶۵، ب ۹ من أبواب الخیار، ح ۱.

و روی مثله فی الکافی فی الصحیح أو الحسن (۱). و فی التهذیب مثلهما بسند فیه علیّ بن حدید (۲). و مثلها موثّقه إسحاق بن عمّار: من اشتری بیعاً فمضی ثلاثه أیّام و لم یجئ فلا بیع له (۳). و خبر عبد الرحمن بن الحجّاج فی قضیّه المحمل (۴).

و المراد نفی لزوم البیع، لکونه فی معرض البطلان بخیار البائع لا انتفاء الصحّه إذ المفهوم من نفیه للمشتری ثبوته للآخر. و الصحّه لا تقبل التبعیض، و لفهم اللزوم بقرینه المقابله لأنّ معنی قوله: «إن جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیّام» أنّ البیع لازم. و قد قابله بقوله علیه السلام: «و إلّا فلا بیع له» فیکون معناه أنّه لا یلزم، مع أنّ الإطلاق إنّما ینصرف إلیه، لشیوعه فی وصف اللزوم، مع أنّه قید زائد فیتوجّه النفی إلیه، کذا قیل.

و فیه: أنّ اللزوم لیس قیداً مصرّحاً حتّی یتوجّه إلیه النفی و یبقی أصل المسلک، و أیضا أنّ النفی إنّما ورد مورد توهّم لزوم المعامله لأنّ السامع یتوهّم الحصر علی البائع بعد العقد، فالمراد نفیه.

مع أنّه قد ورد فی التفرّق: أنّه «لیجب البیع» (۵) و معناه الثبوت. و الحقّ ثبوته، فالمراد ثبوت لزومه.

و ورد فی اشتراط ارتجاع المبیع قول البائع «و إلّا فالبیع لک» (۶) مع أنّ فی لفظ «لک» إشعار علی ما قیل.

و فی صحیحه ابن یسار: «أری أنّه لک إن لم یفعل» (۷) و ظاهره أنّ المراد من ذلک فیها انقضاء الخیار و عدمه.

۱- الکافی ۵: ۱۷۰ ح ۴.

۲- التهذیب ۷: ۲۱ ح ۸۸.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخیار، ح ۴.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۵۶ ب ۹ من أبواب الخیار، ح ۲.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۴۸ ب ۲ من أبواب الخیار، ح ۳.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ ب ۷ من أبواب الخیار، ح ۲.

۷- الوسائل ۱۲: ۳۵۴ ب ۷ من ابواب الخیار، ح ۱.

و وقع التعبير بمثل ما نحن فيه فى خيار ما يفسد ليومه (۱) مع إطباقهم عليه.

و فى كثير من الأخبار: المبيع يصير للمشترى بعد انقضاء الخيار، مع أنّه يصير بمجرّد العقد ملكه، فالمراد إذاً على سبيل اللزوم، مع أنّ نفى الحقيقه أعنى الصيغه غير ممكن، لأنّ المعامله اسم للأعمّ و يتحقّق بنفى اللزوم و لا- أقلّ من الشكّ فيرجع فيه إلى الأصل، مع ظهور كون العلّه فيه دفع الضرر و الإرفاق بالبائع، و هو إنّما يندفع بالخيار. و أمّا البطلان فربّما كان أضرّ على البائع من التزام البيع فلا يحصل به الإرفاق.

و فى كثير ممّا ذكر بحث، إذ اللفظ إذا تعذّر حمله على الحقيقه تحمل على أقرب المجازات، و أقربها هنا الصحّه. غير أنّ فهم الفقهاء للخيار من الروايات عليه المدار، فإنّهم أعرف بمواقع الألفاظ، و لهذا احتجّوا بها على ثبوت الخيار.

و فى المهذّب نسب تنزيلها على نفى اللزوم إلى الأصحاب (۲) و المنسوب إليه الخلاف فى المسأله ابن الجنيد حيث قال: «لا بيع (۳)» من دون قيد له. و الصدوق حيث عبّر بالنصّ (۴) و الشيخ فى المبسوط حيث نسب بطلان البيع إلى روايه أصحابنا (۵). و قرّبه صاحب الكفايه (۶) و نفى عنه البعد الأردبيلى (۷) و جزم به صاحب الحدائق (۸).

و أنت خبير بأنّ فتوى ابن الجنيد غير محكمه و حملها على الصحّه ممكن كالروايات، كما يشهد بها ورودها فى مقام الخيار. و الصدوق روى ذلك روايه و الفتوى غير الروايه. و أقصى ما فى المبسوط نسبه ذلك إلى روايه الأصحاب

۱- راجع الوسائل ۱۲: ۳۵۸، ب ۱۱ من أبواب الخيار، ح ۱.

۲- الموجود فى المهذّب نسبته بطلان إلى روايه الأصحاب راجع ج ۲ ص ۳۶۱، نعم فى المهذّب البارع بعد نقل الأخبار قال: و حملها الأصحاب على نفى اللزوم لا الصحّه. المهذّب البارع ۲: ۳۸۰.

۳- راجع المختلف ۵: ۷۰.

۴- المقنع: ۳۶۵.

۵- المبسوط ۲: ۸۷.

۶- الكفايه: ۹۲ س ۱۲.

۷- مجمع البرهان ۸: ۴۰۶.

۸- الحدائق ۱۹: ۴۷ ۴۸.

و الروایه غیر الفتوی مع موافقته المشهور فی الخلاف و احتجاجه بإجماع الفرقه و أخبارهم.

فاحتمال البطلان باطل بالأصل، و الروایات المستفیضه المسنده الموجوده فی الجوامع العظام و المرسله فی الخلاف و الغنیه (۱) و فقد المبطل، و الإجماع المتکرّر المنقول علی الخیار، و تطابق الفتوی علیه من جماهیر الأصحاب، مع شذوذ المخالف بل انتفاء الخلاف کما عرفت.

نعم فی الصحیح: عن الرجل یبیع البیع و لا یقبضه صاحبه و لا یقبض الثمن، قال: الأجل بینهما ثلاثه أیّام، فإن قبض بیعه و إلّا فلا بیع بینهما (۲) و لا یأبی الحمل علی اللزوم فإنّ ثبوت الخیار لأحدهما ینفی اللزوم بینهما.

[و مدته ثلاثه أیام]

قال المصنّف: «عن ثلاثه أیّام»

لا فرق فی هذه المدّه بین الجاریه و غیرها وفاقاً للعلّامه و الشهید (۳) و ظاهر الأکثر و نسبه بعض إلی ظاهر الأصحاب، لعموم النصوص (۴).

و خلافاً للصدوق حیث قدّر المدّه فیها بشهر فی صریح الفقیه (۵). و فی المقنع علی ما نقله العلّامه عنه فی المختلف و لم نجده فیه للروایه فی من اشتری جاریه و قال: أجیئک بالثمن، إن جاء فیما بینه و بین شهر، و إلّا فلا بیع له (۶).

و رواها الشیخ فی التهذیب و لم یعقبها بشی ء (۷) و فی الاستبصار. و احتمل حملها علی استحباب الصبر و تخصیص العمومات بها کما خصّصت بغیرها (۸).

۱- الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴، الغنیه: ۲۱۹.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخیار، ح ۳.

۳- المختلف ۵: ۷۰، الدروس ۳: ۲۷۴.

۴- قال فی الریاض: ثمّ إنّه لا فرق فی المبیع بالإضافه إلی مدّه الخیار بین الجاریه و غیرها فی إطلاق أکثر النصوص و الفتاوی، الریاض ۸: ۱۹۴. و قریب منه عباره صاحب مفتاح الکرامه، راجع ج ۴ ص ۵۷۸ س ۴.

۵- الفقیه ۳: ۲۰۳ ذیل الحدیث ۳۷۶۷.

۶- المختلف ۵: ۷۰.

۷- التهذیب ۷: ۸۰ ح ۳۴۲.

۸- الاستبصار ۳: ۷۸ الحدیث ۲۶۱ و ذیله.

و ردّها فی الـدروس بالندره (۱). و أجاب فی المختلف بمنع صـحّه السـند (۲). و السـند لاـ بأس به، إذ لیس فیه من یشـتبه أمره سوی «أبی إسـحاق» و هو مشترک بین جماعه و المشـهور هو إبراهیم بن هاشم و تساعده الطبقه أیضاً، فهو إمّا صـحیح أو حسن کالصحیح، و الدلاله ظاهره و أصل اللزوم مؤیّد، و ذلک لأنّه کان ثابتاً فی الثلاثه فیستصحب.

و لکنّ شذوذ الروایه و غرابه اختصاص الأمه بهذا الحکم و لزوم الضـرر علی البائع بطول المدّه، یمنع من الأخذ بظاهرها، فالعمل علی المشهور.

و حملهـا علی بیـان منتهی الصبر طریق الجمع و ذلک بأن یکون للصبر غایتان وجوب و جواز. أمّا الوجوب فالثلاثه. و أمّا الجواز فهی الثلاثون.

فیصـیر منتهی الصبر فی کلّ بیع ثلاثین فیما یمکن بقاؤه ثلاثین فما فوق، و الفرق بینه و بین حمل الشـیخ رحمه الله، انّ الشیخ قد خصّه بالأمه (۳) و جعلنـاه فی کلّ مبیع و الجاریه مثال، فإن جعلنا التراخی فی هـذا الخیار علی وفق القاعـده فلا کلام، و إلّا کان المثبت له الدلیل.

و مبـدأ المـدّه هنـا لا من حین العقـد. فلو جعلنا الإجازه ناقله فی الفضولی کانت البـدءه لا من حین الإجازه و لا من حین الملک کما ذهب إلیه بعضـهم (۴) بل من حین التفرّق کما یظهر من کلام الشـیخین و السـیّدین و القاضـی و الدیلمی و الحلّی و العلّامه فی المختلف و التحریر (۵) لدلاله الأخبار و فتوی الأصحاب علی لزوم البیع فی تمام المدّه، و لو کانت من حین العقد أو الملک لاشتملت علی خیار المجلس، فینتفی اللزوم فی المجموع بل الجمیع فی بعض الصور کما إذا استمرّ المجلس ثلاثه أیّام.

۱- الدروس ۳: ۲۷۴.

۲- المختلف ۵: ۷۰.

۳- الاستبصار ۳: ۷۸ ذیل الحدیث ۲۶۱.

۴- لم نعثر علی من صرّح به، و لعلّ ظاهر الریاض یقتضیه، راجع ج ۸ ص ۱۹۲.

۵- المقنعه: ۵۹۱ ۵۹۲، الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴، الانتصار: ۴۳۷، الغنیه: ۲۲۰، جواهر الفقه: ۵۴ المسأله ۱۹۳، المراسم: ۱۷۲، السرائر: ۲۷۷، المختلف ۵: ۶۸، التحریر ۱: ۱۶۷ س ۲.

و أيضاً فالمتبادر من النصوص من قوله عليه السلام: «إن جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيّام (۱)» مجيئه من وقت المفارقه، إذ لا يعقل المجى ء وقت الاجتماع، إلّا إذا اريد به مجرّد دفع الثمن، و هو خلاف الظاهر.

و يتفارق الوجهان إذا اشترط فى العقد سقوط الخيار، فتكون المدّه من العقد على الأوّل لانتفاء المانع، و من التفرّق على الثانى لعموم المقتضى.

[شرطين لهذا الخيار]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله: «فى من باع و لا قبض و لا أقبض و لا شرط التأخير»

اشتمل كلام المصنّف على ذكر شرطين لهذا الخيار:

[الأوّل: عدم القبض و الإقباض]

الأوّل: عدم القبض و الإقباض، و لا كلام فى شرطيّتهما، خلافاً للشيخ رحمه الله حيث جوّز فسخ المبيع فى كلّ موضع يتعذّر فيه قبض الثمن سواء قبض المشترى المبيع أو لا مستنداً إلى حديث الضرر (۲).

و فى الدروس: أنّه لا يخلو من قوّه (۳) و يردّه بعد الأصل صحيحه ابن يقطين: فإن قبض بيعه و إلّا فلا بيع بينهما (۴) يعنى بعد الثلاث، مع أنّ فى فرض الفقهاء هذه المسأله و اشتراطهم عدم قبض شى ء من الثمن و المثمن دلاله عليه، فلو ادّعى الإجماع المحصّل لم يكن بعيداً.

و قد صرّح بهذا التقييد فى الخلاف و الانتصار و الغنيه و التذكره و نقلوا عليه الإجماع (۵) فقد يقال بشمول الإجماعات المنقوله له، قضاء لحقّ التقييد.

و قد يقال: أنّ فى أخبار الحجر ما يدلّ على ذلك كما دلّ على أنّ الميّت إذا لم يخلّف شيئاً يفى بالغرماء كان صاحب العين المبيعه كغيره يعنى لا فسخ له، و حديث الضرر تدفعه المقاصّه إن تمكّن من أخذ العين، و إلّا فلا يندفع بالفسخ. و لا يصلح معارضاً لما ذكرنا ما يوجد فى بعض الروايات من دورانه مدار عدم

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۶ ب ۹ من أبواب الخيار.

۲- المبسوط ۲: ۱۴۸. و ليس فيه الاستناد بحديث الضرر.

۳- الدروس ۳: ۲۷۴.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخيار، ح ۳.

۵- الخلاف ۳: ۱۲۰ المسأله ۲۴، الانتصار: ۴۳۷، الغنیه: ۲۱۹ ۲۲۰، التذکره ۱: ۲۳ س ۱۴.

قبض الثمن کصحیحه زراره حیث اشتملت فی السؤال علی قوله «ثمّ تدعه عنده» (۱) الظاهر فی الإقباض للمبیع.

و أمّا إطلاق الأخبار الاخر فیشمل صورتی الإقباض و عدمه إن قلنا: إنّ القبض فی المتاع هو الأخذ بالید. و إن قلنا: إنّه النقل لم یکن للإطلاق ظهور فی ذلک.

و لعلّ استنادهم إلیها مع اشتراطهم عدم إقباض المبیع مبنیّ علی کون القبض عندهم فی نحو المتاع هو النقل لا مجرّد القبض بالید، لمکان خبر عقبه (۲) و إجماع الغنیه کما سیأتی.

فبناءً علی ذلک لو وجدا أو أحدهما فلا خیار و إن أبقاه عند صاحبه، و کذا لو قبض فبان مستحقّاً کلًّا أو بعضاً إذ لا عبره بالفاسد.

و قبض المعیب صحیح، فیسقط به خیار البائع.

و إجازه القبض کالقبض من الید. فلو أجاز القبض لزم خلافاً للشیخ رحمه الله (۳) لعدم الإقباض. و هو ضعیف.

و بناءً علی أنّ الإجازه کاشفه لا یجوز له الفسخ بعد المدّه فیما إذا تقدّم القبض علیها و تأخّرت الإجازه عنها. نعم علی النقل یجوز ذلک.

و یکفی فی الثمن مطلق القبض بخلاف المبیع فیشترط فیه إذن البائع کما صرّح به جماعه و لوّح إلیه آخرون لظاهر القبض، و لأنّ قبض الثمن من فعل البائع کإقباض المبیع فیسقط حقّه بهما، و قبض المشتری لیس فعلًا له و لا یسقط حقّه بفعل غیره.

و الظاهر أنّ المدار علی صدق اسم القبض و الإقباض عرفاً و عدمه، و هو یختلف بحسب المقامات کما سیجی ء فی بابه، إلّا أنّه مع بذل المشتری الثمن و الامتناع من البائع الظاهر سقوط الخیار، لأنّ المتیقّن مع عدمه، و لظاهر النصّ، و کلام الأصحاب، و یؤیّده الاعتبار.

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۶ ب ۹ من أبواب الخیار، ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۸ ب ۱۰ من أبواب الخیار، ح ۱.

۳- لم نجده فی المبسوط و الخلاف، حکاه عنه السیّد الطباطبائی .. فی المصابیح ۳ (مخطوط): الورقه ۲۴۷.

و أمّا مع تمكين البائع للمشترى فحكم العلّامه فى التحرير بالسقوط (۱) و لم نره لغيره، و هو مبنىّ إمّا على أنّ القبض التخليه مطلقاً أو فيما يكون قبضه كذلك و إلّا فالأشبه البقاء و إن أسقطنا الضمان به، لمنع عموم بدليّه التمكين عن القبض، و سند المنع بقاء حقّ الحبس، فللبائع المنع من إقباض المثمن حتّى يقبض الثمن، و للمشترى المنع من دفع الثمن حتّى يقبضه البائع المثمن. و القبض لما فى الذمّه قبض و إن لم ينو. و القبض أعمّ من أن يكون بنفسه أو بوكيله أو بوليّه. و الإتلاف من أحدهما لما فى يد صاحبه أقوى من القبض. و القبض للمعيّن لا يعتبر فيه النيّه من القابض و لا يقدح فيه نيّه الخلاف، و للكلّى لا تعتبر فيه النيّه منه أيضاً على الأقوى.

و هل تقدح نيّه الخلاف كأن يقبض على أنّه عاريه أو وديعه أو رهن و نحوها؟ وجهان.

و يأتى تمام الكلام فى باب القبض و التأخير منهما أو من أحدهما أعمّ من أن يكون عن عمد أو سهو دون الإجبار.

[الشرط الثانى: الحلول]

الشرط الثانى: الحلول، فلو شرطا التأجيل أو أحدهما سقط الخيار إجماعاً و إن قصر الشرط عن المدّه، عملًا بالأصل السالم من معارضه النصّ و الإجماع، و لأنّ الواجب مع الشرط مراعاه الأجل طال أو قصر فلا يتقدّر بالثلاثه، و إثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل.

فالتأخير بعد الأجل لا عبره به، و فى وقت الأجل لا اعتبار به.

و لو شرط التأجيل فى البعض فأخّر الباقى فالأقرب السقوط وفاقاً للتذكره و القواعد و الإيضاح و كنز الفوائد (۲) لتغيّر الصوره الظاهره فى حلول الجميع، و لأنّ فى الروايه «و لا قبض الثمن» (۳) و هو يرشد إلى كون الثمن حالًّا لأنّ المتبادر أنّه عدم ملكه، و لسقوطه فى المؤجّل بالشرط، فيسقط فى الكلّ، لئلّا يلزم التبعيض فى الخيار و يلزم منه تبعيض الصفقه.

۱- التحرير: ۱۶۷ س ۴.

۲- التذكره ۱: ۵۲۳ س ۳۲، القواعد ۲: ۶۷، الإيضاح ۱: ۴۸۷، كنز الفوائد ۱: ۴۵۱.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخيار، ح ۳.

نعم قـد يقال بعدم السـقوط فی تأجيل البعض فيما إذا تعدّد البائع أو المشتری أو الثمن و اجّل ما يتعلّق بأحدهما دون الآخر و إن اتّحد العقد، فتأمّل.

[و قبض البعض كلا قبض]

قال المصنّف: «و قبض البعض كلا قبض»

الغرض أنّه لو انتفی القبض منهمـا و لو ببقـاء البعض فالخيـار بـاقٍ فی الكـلّ كمـا فی المهـذّب و التـذكره و غـايه المرام و شـرح المقداد (۱) و غيرهـا، للإجماع المحصّل فضـلًا عن المنقول، و لخبر المحمل (۲) و إن لم يكن من قول الإمـام، و لإناطه الأسـماء بتمام المسـمّيات. و احتمال التفصـيل مع أنّه لا قائل به يردّه ضـرر التبعيض و عدم شـمول الدليل. و هل يعدّ بقاء الشـرطين كبقاء الشطرين؟ وجهان، و الاحتساب أقوی.

و ذكر جمـاعه من الأصـحاب شـرطاً ثالثاً، و هو الخلوّ عن خيار البائع كما نصّ عليه العلّامه فی التحرير و الحلّی (۳) فی خصوص الشـرط، لأنّ الخيار شـرّع لدفع ضـرر التأخير و قد اندفع بغيره، و لدلاله النصوص و فتوی الأصـحاب علی سبق اللزوم ثلاثاً فينتفی فيهـا الخيـار مطلقاً خيـار شـرط أو غيره و ليس المراد نفی الخيار المخصوص، لأنّ الثابت بالتأخير أصل الخيار و الحكم لا يتقيّد بالسبب.

و قيل: إنّ مبـدأ ثلاثه اللزوم من حين العقـد فلا يخلّ وجود خيار آخر و التأخير مع الخيار من التأخير و مـدّه الثلاثه تتـداخل معه. فلو شرط الخيار بعد الثلاثه جاء الخيار من وجهين، انتهی (۴). و الأوّل أظهر.

و لو كان الخيار للمشتری فكالبائع عند العلّامه و الحلّی (۵) لتغيّر الصوره فی الحكم المخالف للأصل، و لأنّ شرط الخيار فی قوّه اشتراط التأخير و تأخير المشتری بحقّ الخيار ينفی خيار البائع.

۱- المهذّب البارع ۲: ۳۸۳. التذكره ۱: ۵۲۳ س ۲۴، غايه المرام ۲: ۴۰ التنقيح ۲: ۴۸.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۶ ب ۹ من أبواب الخيار، ح ۲.

۳- التحرير ۱: ۱۶۷ س ۳، السرائر ۲: ۲۷۷.

۴- لم نقف علی قائله.

۵- المصدران السابقان.

و یلزم العلّامه نفی الخیار فی بیع الحیوان، و عموم الأدلّه حجّه علیه و علی الحلّی أیضاً، لعدم الفرق بین الأصل و المشترط.

و احتمل فی الدروس (۱) اطّراده مع الشرط للخیار مطلقاً للبائع کان أو للمشتری، فیفسخ البائع فی خیار المشتری بعد الثلاثه، و فی خیاره کذلک إذا انقضی الشرط.

و یلزمه تأخیر الثلاثه عن محلّها.

و الأجود طرد الخیار فی الأوّل و هو ما إذا کان للمشتری دون الثانی و هو ما إذا کان للبائع، و اللزوم المفهوم من الأخبار و کلام الأصحاب مختصّ بالبائع. و أمّا المشتری فلا مانع من خیاره، لوجود بعض أسبابه.

و لو ثبت للبائع خیار بعد الثلاثه احتمل السقوط لاندفاع الضرر به، و الثبوت لعموم النصّ، و هو الأقرب.

و لو رضی البائع بالتأخیر أقلّ من المدّه کیوم أو یومین لم یبق له خیار. و یحتمل بقاؤه تماماً و الثلاثه بدایتها آخر وقت الرضاء. و یحتمل أنّ له ذلک أیضاً بعد ما بقی من المدّه. و الأوفق بالقاعده الأوّل.

و لا یشترط فی ثبوت هذا الخیار کون الثمن معیّناً، لظاهر الأدلّه، و مقتضی کلام الأصحاب.

و هل یشترط أن یکون المبیع معیّناً؟ قال أبو العبّاس و الصیمری نعم (۲). فلو باع فی الذمّه لم یطّرد الخیار، لأصاله لزوم العقد مع تغیّر الصوره، لأنّ ظاهر الروایات التعیین مع کون الغالب التعیین فیه بخلاف الثمن و لا أقلّ من الشکّ فیقتصر علی المتیقّن من الأدلّه و کلام الأصحاب، و لانتفاء العلّه فی ثبوت هذا المثال و هی دفع الضرر إذ هو مندفع بعدم انحصار المثمن بالتعیین، و هو ظاهر المبسوط و المراسم و الوسیله و التحریر (۳) و فی الانتصار و الخلاف: «مبیع معیّن بثمن معیّن.» (۴)

۱- الدروس ۳: ۲۷۴.

۲- المهذّب البارع ۲: ۳۸۲، غایه المرام ۲: ۳۹.

۳- المبسوط ۲: ۸۷، المراسم: ۱۷۲، الوسیله ۲۳۸، التحریر ۱: ۱۶۷ س ۱.

۴- الانتصار: ۴۳۷، الخلاف ۳: ۲۰، المسأله ۲۴.

و ربّما حمل على مجرّد التمييز أو الاحتراز عن النسيئه و السلف و الأكثرون أطلقوا الحكم.

و فى التذكره الإجماع عليه من غير تفصيل (۱).

و القاضى نصّ على الخيار فى غير المعيّن محتجّاً عليه بالإجماع (۲) و هو الأقرب لما ذكر من الإجماعين، و يتناوله أيضاً إطلاق إجماع التنقيح و المسالك و المفاتيح (۳) و ما يظهر من إيضاح النافع و السرائر (۴) و لعموم المعتبره المخرجه عن حكم الأصل كما فى الموثّق: من اشترى بيعاً (۵) و فى الصحيح: البيع (۶) و نحوهما. و تغيّر الصوره و انتفاء العلّه ممنوعان، فلا فرق بين المعيّنين و الكلّيين و المختلفين.

و يشترط فى ثبوت هذا الخيار كون المتعاقدين متغايرين بالذات، و ذلك لأنّ هذا الخيار مبدؤه من حين التفرّق و ليس فيه التقييد بما يمكن فيه التفرّق، و خيار المجلس إنّما يسقط فى العاقد الواحد بالإسقاط و قد لا يسقط فى الثلاثه. و من شرط خيار التأخير خلوّ الثلاثه عن الخيار.

و يسقط هذا الخيار بالاشتراط كما نصّ عليه فى الدروس و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد (۷) عملًا بلزوم الشرط و بالإجماع المنقول.

و قد يقال: إنّ ما كان سبب الخيار فيه مقارن للعقد كالعيب و الغبن و التدليس و الوصف يسقط باشتراط السقوط. و أمّا مثل خيار التأخير الّذى يأتى شيئاً فشيئاً فلا، لأنّه إسقاط قبل الثبوت.

قلت: كلّ خيار سببه العقد و استند إليه يسقط باشتراط سقوطه فيه قارن أو تأخّر، و لو لا ذلك لما سقط من خيار الحيوان فى الثلاثه إلّا ما قارن العقد.

۱- التذكره ۱: ۵۲۳ س ۱۵.

۲- جواهر الفقه: ۵۴ المسأله ۱۹۳.

۳- التنقيح ۲: ۴۸، المسالك ۳: ۲۰۸، المفاتيح ۳: ۷۴ ۷۵.

۴- السرائر ۲: ۲۸۵.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخيار ح ۴.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۵۷ ب ۹ من أبواب الخيار، ح ۳. و فيه: يبيع البيع.

۷- الدروس ۳: ۲۷۶، كنز الفوائد ۱: ۴۵۱، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۶.

و دعوی: أنّ هذا الخیار لم یستند إلی العقد بل إلی التأخیر فقط أو إلیه و إلی العقد، بعیده.

و علی تقدیره فقد یقال بأنّ المشترط سقوطه فی ذلک الوقت لا الآن، و التعلیقی کالمنجّز.

و فیه: أنّه یلزم جواز ذلک فی النفقه و القسم و غیرها من جمیع ما فیه شغل الذمّه مقدّراً.

و العمده فی جواز هذا الشرط أدلّه الشروط و الإجماع المنقول.

و یسقط أیضاً بالإسقاط بعد الثلاثه، و لو أسقطه مقیّداً لسقوطه بحصّه من الزمان سقط بتمامه و إن قلنا فیه بالتراخی، لأنّه بسیط و الزمان تابع، و لیس هذا کخیار الحیوان.

و هل یسقط بإسقاطه فی الثلاثه؟ وجهان: العدم لعدم ثبوت الحقّ فإنّه کنفقه الزوجه فإنّ ما سیأتی منها لا یسقط بالإسقاط. و الفرق بینه و بین شرط السقوط بالدلیل، و السقوط لتقدّم السبب الّذی هو العقد، و الفرق بینه و بین نفقه الزوجه أنّه حقّ واحد مستمرّ و هی حقوق موزّعه علی الزمان، فتأمّل.

و یسقط بالبیع علی من ینعتق علیه، کما تقدّم فی خیار المجلس (۱). و بالتصرّف بعد الثلاثه بناءً علی جریانه فی جمیع الخیارات.

و أمّا التصرّف قبلها فیجی ء فیه الوجهان السابقان. و یتقوّی الأوّل منهما فی هذا المقام، فإنّ المتیقّن من إسقاط الخیار بالتصرّف ما کان بعد ثبوته.

و هل یجوز للمشتری التصرّف فی المبیع قبل خروج الثلاثه ببیع و نحوه و إن منعناه من ذلک فی زمان خیار البائع لمنافاه حقّه؟ إذ الحقّ بعد لم یثبت، فلو تصرّف ببیع أو غیره أو باعه علی من ینعتق علیه فیحتمل أنّ له سلطان الفسخ و الرجوع إلی العین. و یقوی الرجوع إلی القیمه سیّما فی الأخیر کما تقدّم، و فی التصرّف الجائز یحتمل ذلک.

۱- تقدّم فی ص ۳۹.

و علی أیّ تقدیر فالنماء فی الثلاثه و بعدها قبل الفسخ للمشتری کنماء الثمن حیث یکونان عینین.

و لا یسقط بإحضار الثمن بعدها خلافاً للعلّامه فی التذکره و القواعد (۱) مستنداً إلی زوال المقتضی لثبوته و هو الضرر، و وفاقاً لمحتمل الدروس (۲) للأصل، و زوال العلّه لا ینفی البقاء، لجواز أن یستند إلی علّه اخری و لا أقلّ من الشکّ فیستصحب.

و ربّما قیل: إنّه ظاهر الأکثر حیث إنّهم ذکروا أنّ له الخیار و لم یتعرّضوا للإحضار و عدمه و لکن الإطلاق مسوق لأمر آخر فلا دلاله فیه (۳).

و لا یسقط أیضاً بالمطالبه به بعدها کما فی التذکره و القواعد و کنز الفوائد و المسالک و الشرح (۴) تمسّکاً بالأصل مع فقد المسقط شرعاً، خلافاً لظاهر المشایخ و الدیلمی و الحلّی (۵) حیث خیّروا البائع بین الفسخ و المطالبه بالثمن و قابلوا بینهما، و له وجه، فإنّ المطالبه بالثمن قرینه الإمضاء. و علی القول بالفوریّه یتجه القول بالسقوط لاستلزامه التأخیر إلّا أن یدّعی عدم إخلال مثل ذلک بها لأنّ المراد بها العرفیّه، أو یفرض فی مقام لا یعلم بالخیار. و قلنا: إنّ ذلک عذر لا یسقط به الخیار بناءً علی الفوریّه.

و الظاهر أنّ ذلک فی کلام الجماعه کفایه عن الالتزام.

و هل هذا الخیار علی الفور أو التراخی؟ وجهان.

ذهب إلی الثانی منهما الشهید فی قواعده و العلّامه فی ظاهر التذکره و العلّامه الطباطبائی فی مصابیحه (۶) مستدلّین بإطلاق ما دلّ علی الخیار فإنّه یتناول الأزمنه فلا یتقیّد إلّا بدلیل، و لأنّه حقّ ثبت للبائع و الأصل بقاؤه.

۱- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۲۹، القواعد ۲: ۶۷.

۲- الدروس ۳: ۲۷۴.

۳- راجع مفتاح الکرامه ۴: ۵۸۱ س ۸.

۴- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۳۰، القواعد ۲: ۶۷، المسالک ۳: ۲۰۸، الروضه ۳: ۴۵۸، و لم نعثر علیه فی کنز الفوائد.

۵- المقنعه: ۵۹۲، الانتصار: ۴۳۷، الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴، المراسم: ۱۷۲، السرائر ۲: ۲۷۷.

۶- القواعد و الفوائد ۲: ۲۴۸، التذکره ۱: ۵۲۹ س ۲۶، مصابیح الأحکام (مخطوط): الورقه ۲۴۸.

و لم نجد بالأوّل هنا قائلًا على التعيين و إن قيل به فى غيره من الخيارات، سوى ما يظهر من بعض المتأخّرين اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف أصل اللزوم (۱).

و تردّد المحقّق الكركى فى فوريّه هـذا الخيار مع حكمه بها فى خيار الغبن و الرؤيه (۲) و كأنّ منشأه أنّ المقتضى لهذا الخيار و هو دفع الضـرر عامّ للفور و غيره، و ليس منشؤه تعارض الأصلين اللزوم و استصحاب الخيار لأنّه مشترك بين المقامين، فلا معنى للتردّد فى أحدهما و الجزم فى الآخر.

و التحقيق أنّ المسأله مبتيّه على أنّ لزوم العقـد معناه انّ أثر العقـد مسـتمرّ إلى يوم القيامه و أنّ عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى، للقطع بـأنّه ليس المراد من الآـيه الوفـاء بهـا آنـاً مـا بل على الـدوام. و قـد فهم المشـهور منها ذلك، و باعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاهـا، و لاـ ريب أنّ المفـاد عرفاً و بحسب قصـد المتعاقـدين الـدوام، فإذا دلّ دليل على ثبوت خيار من ضـرار أو إجماع أو إخبـار عن أخيـار عن ثبوت خيار فى الماضـى أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق فى الاخبار فيكون اسـتثناء من ذلك العامّ و يبقى العامّ على عمومه كاستثناء أيّام الإقامه و الثلاثين و وقت المعصيه و نحوها من حكم السفر.

أو أنّ اللزوم ليس كـالعموم و إنّمـا يثبت ملكـاً سابقـاً و يبقى حكمه مستصـحباً إلى المزيـل، فتكون المعارضه بين استصـحابين و الثـانى وارد على الأـوّل فيقـدّم عليه، و الأـوّل أقوى، لأنّ حـدوث الحادث مع زوال علّه السابق يقضـى بعـدم اعتبار السابق أمّا مع بقائهـا فلاـ يلغو اعتبـار السـابق. و لعـلّ سـبب تردّد المحقّق الثانى فى المقام دون خيار الغبن و الرؤيه ورود الأخبار به الظاهره فى ذلك كقولهم عليهم السلام: و إلّا فلا بيع له (۳) دونها.

و يمكن إثبات الفوريّه بطريق آخر و هو ممّا اسـتدلّ به على ثبوت الخيار فى كثير من مواضـعه، و هو حديث الضـرار، و يتمشّـى فى غير الخيار من إجازه

۱- راجع المسالک ۳: ۱۹۰.

۲- جامع المقاصد ۴: ۲۹۸، ۳۰۲، ۳۸.

۳- انظر الوسائل ۱۲: ۳۵۶ ب ۹ من أبواب الخيار.

الفضولی و الشفعه و فسخ النکاح و نحو ذلک، فإنّه یترتّب علی بقائه ضرر عظیم من قبیل التحجیر علی زوج یمتنع فیه الجمع لأنّه متی فعل یبقی مردّداً، و بالإجازه تنفسخ العقود، و کذا فوائد الأعیان فیؤخّر الخیار حتّی یستوفی منافعها و نتاجها ثمّ یردّها، غیر أنّ ذلک إنّما یجری حیث لا یکون مرجع الضرر منه علی نفسه.

و ربّما کانت مسأله التأخیر من هذا القبیل و إن لم یکن فیها تقصیر بناءً علی الفوریّه فی الخیار.

فالمراد بها الفوریّه العرفیّه فالجهل بالحکم أو بالموضوع أو السهو أو النسیان أو الإجبار أو زعمه صدور الفسخ و نحوها من الأعذار لا یسقط بها الخیار علی الأقوی و جهل حکم الفوریّه لیس عذراً خلافاً لصاحب الحدائق و قد ذکر ذلک فی خیار الغبن (۱).

[و تلفه من البائع مطلقاً]

قال المصنّف قدس سره: «و تلفه من البائع مطلقاً»

بعد الثلاثه و قبلها، عرضه علی المشتری أو لا، کلًّا کان أو بعضاً.

و أمّا بالنظر إلی أقسام المتلف من الآفه السماویّه أو البائع أو من المشتری أو الأجنبیّ، فهو جزئی من جزئیّات التلف، و سیجی ء البحث فیه.

و تفصیل المسأله أنّه لا خلاف فی أنّ المبیع إذا تلف بعد الثلاثه کان من مال بائعه. و قد نقل علیه الإجماع فی الخلاف و السرائر و الجامع و المختلف و القواعد و الایضاح و التنقیح و المهذّب البارع و الدروس و غایه المرام (۲) و غیرها لأنّه مبیع تلف قبل قبضه فیکون من مال بائعه بالقاعده الکلّیه الثابته بالنصّ (۳) و الإجماع.

و عارض هذه القاعده فی مجمع البرهان (۴) بالقاعده الاخری و هی: أنّ تلف المبیع فی الخیار المختصّ بالبائع یکون ممّن لا خیار له و هو المشتری

۱- الحدائق ۱۹: ۴۴.

۲- الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴، السرائر ۲: ۲۷۸، الجامع: ۲۴۷، المختلف ۵: ۶۸، القواعد ۲: ۶۷، الإیضاح ۱: ۴۸۵، التنقیح ۲: ۴۹، المهذب البارع ۲: ۳۸۰، الدروس ۳: ۲۷۳، غایه المرام ۲: ۳۹.

۳- عوالی اللآلی ۳: ۲۱۲.

۴- مجمع الفائده ۸: ۴۰۷.

و باختصاص الضمان به لو اشترک الخیاران، فکیف إذا اختصّ بغیره، و بین القاعدتین عموم من وجه، و الثانیه مؤیّده بالأصل.

و ضعفه ظاهر فإنّه مع اختصاصه بالتالف فی زمن الخیار فقط، أمّا لو سقط الخیار بمسقط فلا یتمشّی فیه مردود باختصاص ما ذکر من القاعده بالمقبوض کما هو المعلوم من مذهب الأصحاب، و أمّا غیره فمن البائع مطلقاً.

و أمّا لو تلف فی الثلاثه فالمشهور أنّه کذلک لذلک و فی الدروس: أنّه مذهب الأکثر (۱) و فی الریاض استقرّ علیه مذهب المتأخّرین کافّه (۲) و ذهب إلیه الشیخ و القاضی و ابن إدریس و المحقّق و العلّامه و ولده و الآبی و الشهیدان و الکرکی و الصیمری (۳) و غیرهم. و حکی فی الخلاف علیه الوفاق (۴) و هو المعتمد، للإجماع المنقول، و لما دلّ علی عموم الضمان علی البائع مع عدم الإقباض، مضافاً إلی روایه عقبه بن خالد (۵) فی خصوص الباب المجبوره بالشهره المحصّله و المنقوله.

و قیل: بل هو من ضمان المبتاع و هو قول المفید و السیّد و الدیلمی (۶) و الحلبیّین (۷) للإجماع کما فی الانتصار و الغنیه (۸) و لاستقرار ملک المشتری فی الثلاثه و کون التأخیر لمصلحته و کون التلف منه. و یضعّف بمنع الإجماع، و معارضته بمثله، و عدم انتهاض التعلیل لتخصیص الأصل المنصوص المجمع علیه.

و عزی فی التذکره هذا القول إلی الشیخ رحمه الله (۹) و فی المهذّب البارع الأوّل إلی الدیلمی (۱۰) و هو خلاف المعلوم منهما و المنقول عنهما.

۱- الدروس ۳: ۲۷۳.

۲- الریاض ۸: ۱۹۶.

۳- النهایه ۲: ۱۳۷، المهذّب ۱: ۳۵۸، السرائر ۲: ۲۷۸، الشرائع ۲: ۲۳، المختلف ۵: ۶۸، الإیضاح ۱: ۴۸۵، کشف الرموز ۱: ۴۶، الدروس ۳: ۲۷۳، المسالک ۳: ۲۰۹، جامع المقاصد ۴: ۲۹۹، غایه المرام ۲: ۳۹.

۴- الخلاف ۳: ۲۰ المسأله ۲۴.

۵- الوسائل ۱۲: ۳۵۸ ب ۱۰ من أبواب الخیار، ح ۱.

۶- المقنعه: ۵۹۲، الانتصار: ۴۳۷، المراسم: ۱۷۲.

۷- الغنیه: ۲۱۹ ۲۲۰، الکافی فی الفقه: ۳۵۳.

۸- الانتصار: ۴۳۷، الغنیه: ۲۱۹ ۲۲۰.

۹- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۳۳.

۱۰- المهذّب البارع ۲: ۳۸۱.

و ذهب ابن حمزه إلی انّ التلف من البائع إلّا أن یعرّضه علی المبتاع فینتقل إلی ضمانه (۱) و نفی عنه البأس فی المختلف (۲). و استظهره من کلام الحلبی (۳) مع تخصیصه کلام ابن حمزه بالتالف فی الثلاثه. و عباره الوسیله مطلقه (۴) و الوجه فیها تنزیل التمکین منزله القبض فی نقل الضمان، للزوم حصول الضرر لولاه. و مقتضاه ضمان المشتری مع حصوله مطلقاً سواء کان التلف فی الثلاثه أو لا.

و النقل للضمان بالتمکین مذهب الشیخ رحمه الله (۵) و جماعه. و ظاهر الخلاف إجماع الأصحاب علیه (۶) فیشکل إطلاق القول بضمان البائع فی الثلاثه من الأکثر و فیما بعدها من الجمیع إن ثبت الإجماع و من خصوص القائل به إن لم یثبت، و لا یندفع إلّا باشتراط عدم التمکین فی أصل الخیار کما فی التحریر (۷) أو تخصیص محلّ النزاع بما إذا انتفی التمکین کما فی السرائر (۸). و عند ذلک تظهر موافقه ابن حمزه للمشهور، و أنّ نسبه الخلاف إلیه هنا و جعل ما قاله قولًا ثالثاً (۹) لیس علی ما ینبغی.

و لکنّ الحقّ عدم نقل الضمان بالتمکین، و إجماع الشیخ رحمه الله فی الخلاف ممنوع، و معارض بإجماع الغنیه (۱۰) المعتضد بالشهره المحصّله و المحکیّه عن المهذّب و غایه المرام (۱۱) بعموم ما دلّ علی الضمان علی البائع مع عدم الإقباض، من غیر فرق بین التمکین و عدمه.

و فی ترک استفصال الجواب مع التلف فی روایه عقبه بن خالد عن الصادق علیه السلام (۱۲) دلیل علی عدم التفاوت بین التمکین و غیره، و حدیث الضرر لا یعمل به علی عمومه، مع اندفاعه بقبض الحاکم أو جبره علیه.

۱- الوسیله: ۲۳۹.

۲- المختلف ۵: ۶۹.

۳- الکافی فی الفقه: ۳۵۳.

۴- الوسیله: ۲۳۹.

۵- راجع الخلاف ۳: ۶۶، المسأله ۱۰۹.

۶- راجع الخلاف ۳: ۶۶، المسأله ۱۰۹.

۷- التحریر ۱: ۱۶۷ س ۴.

۸- السرائر ۲: ۲۷۸.

۹- راجع المهذّب البارع: ج ۲ ص ۳۸۰، ۳۸۱.

۱۰- الغنیه: ۲۱۹، ۲۲۰.

۱۱- المهذّب ۱: ۳۶۱، غایه المرام ۲: ۳۹.

۱۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۸ ب ۱۰ من ابواب الخیار، ح ۱.

و أمّا الحلبی فقد نصّ علی التفصیل و جعل التمکین ناقلًا للضمان مطلقاً (۱) کالقبض فلا یصحّ حمله علی التفصیل فی الثلاثه، و لا جعله قولًا آخر فی المسأله، فإنّه موافق للمفید رحمه الله فی کلتا المسألتین (۲).

و لو اختصّ التلف ببعض المبیع أو عدم القبض ببعض التالف فی غیر المقبوض من البائع کان کالجمیع علی الخلاف، بخلاف المقبوض فمن المبتاع، لانتقال ضمانه إلیه بالقبض.

و بهذا ینقدح إشکال آخر فی کلامهم، فإنّه إن ارید به الجمیع لم یتبیّن حکم البعض الغیر المقبوض، أو ما یعمّه و البعض لصدق تلف الکلّ بتلف الجزء اطّرد فی المقبوض.

و یمکن الذبّ باختیار کلّ منهما تعویلًا علی مناط الحکم و الحمل علی غیر المقبوض کلًّا أو بعضاً، فإنّ البعض مبیع فی الکلّ.

۱- الکافی فی الفقه: ۳۵۳.

۲- أی فی جعل التمکین ناقلًا للضمان و أنّ التلف فی الثلاثه من مال المبتاع.

[الخامس خيار ما يفسد ليومه]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«الخامس: خيار ما يفسد ليومه»

[و هو ثابت بعد دخول الليل]

«و هو ثابت بعد دخول الليل» اختلفت عبائر الأصحاب فی تأديه المراد من هذا الخيار ففی النافع و الشرائع و التذكره و القواعد و الإرشاد (۱) مثل ما فی المتن من ذكر الامتداد إلی الليل من دون تعرّض للمبدأ. و فی الفقيه و النهايه و السرائر و الوسيله و الغنيه و الجامع و النزهه و التحرير و التبصره (۲) تقدير المدّه بيوم. و التحديد بالليل مشترك بين الجميع، لكنّه قد جعل فی النهايه و السرائر و كتب العلّامه غايه للخيار، و فی غيرها مبدأ له، كما فی النصّ، و يجب ردّ الأوّل إليه بالحمل علی ما يؤول إلی ذلك مسامحه لوضوح المراد و إن بعد التأويل حتّی يوافق النصّ و الإجماع المحصّل فضلًا عن المحكيّ عن حواشی الشهيد علی لزومه من طرف البائع إلی الليل أو خوف الفساد (۳).

۱- المختصر النافع: ۱۲۱، الشرائع ۲: ۲۳، التذكره: ۱: ۵۲۳ س ۱۹، القواعد ۲: ۶۷، الإرشاد ۱: ۳۷۴ ۳۷۵.

۲- الفقيه ۳: ۲۰۳ ذيل الحديث ۳۷۶۷، النهايه ۲: ۱۴۲، السرائر ۲: ۲۸۲، الوسيله: ۲۳۸، الغنيه: ۲۱۹، الجامع: ۲۴۷، النزهه: ۸۷، التحرير ۱: ۱۶۷ س ۷، التبصره: ۹۰.

۳- راجع غايه المراد ۲: ۱۰۲ ۱۰۳.

و الأصل فی ذلک ما رواه فی الکافی و التهذیب عن محمّد بن أحمد عن یعقوب بن یزید عن محمّد بن أبی حمزه أو غیره عمّن ذکره عن أبی عبد اللّه علیه السلام أو أبی الحسن علیه السلام: فی الرجل یشتری الشی ء الّذی یفسد من یومه و یترکه حتّی یأتیه بالثمن قال: إن جاء فیما بینه و بین اللیل بالثمن و إلّا فلا بیع له (۱).

و روی فی الوسائل عن الصدوق رحمه الله أنّه روی بإسناده عن ابن فضّال عن ابن رباط عن زراره عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال: العهده فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطّیخ و الفواکه یوم إلی اللیل (۲) و الظاهر أنّها زیاده من الصدوق و إلّا فالشیخ قد روی ذلک الحدیث بالإسناد المذکور من دون الزیاده (۳) المذکوره.

و هذه الروایه و إن کانت مرسله إلّا أنّ علیها عمل الأصحاب کما فی المهذّب (۴) و فی کشف الرموز: لا أعرف فیها مخالفاً (۵) فهی منجبره بعمل الأصحاب، و بإجماع الغنیه (۶) علی أصل الحکم، و بموافقه الاعتبار، و ذلک أنّ خیار التأخیر ثبت بعد الثلاثه فیما لا یفسده البقاء ثلاثاً فالّذی یفسد قبل الثلاثه ینبغی أن یثبت فیه الخیار قبل فساده بطریق أولی، و بحدیث الضرر و الضرار.

و هاهنا إشکال فی عبائر الأصحاب و فی النصّ بأنّ الغرض من الخیار دفع الضرر بفسخ البیع قبل فساد المبیع و إذا کان ممّا یفسد لیومه کما هو المفروض وجب أن یکون الخیار قبل اللیل لیتأتّی للبائع فسخه کذلک، و أیضاً فالبیع یقع فی طرفی النهار و فی الأثناء کما هو الغالب و ربّما اتّفق لیلًا مع امتداد السوق و انقطاعه و التحدید بالنهار کلًّا أو بعضاً لا یطّرد فی الجمیع، و الحمل علی مقدار یوم خروج عن ظاهر النصّ و الفتوی، و لا یتأتّی معه الغرض المطلوب فی الأکثر. و الظاهر

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۸، ب ۱۱ من أبواب الخیار، ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۹، ب ۱۱ من أبواب الخیار، ح ۲.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۵۲، ب ۵ من أبواب الخیار، ح ۵.

۴- الظاهر أنّه المهذّب البارع ۲: ۳۸۳، و انظر مفتاح الکرامه ۴: ۵۸۳ س ۲۹.

۵- کشف الرموز ۱: ۴۶۱.

۶- الغنیه: ۲۱۹ ۲۲۰.

تنزيل الجميع على أنّ المراد فساد المبيت كما حمل النصّ الشهيد رحمه الله فى الدروس على ذلك، و أثبت الخيار فيما هو كذلك عند انقضاء النهار (١) نظراً إلى أنّ الغالب فى نحو الخضر و الفواكه و اللحوم و الألبان فسادها بالمبيت.

[و اليوم يطلق على ما يشمل الليله]

و اليوم يطلق على ما يشمل الليله، فإنّه استعمال شائع. و ربّما ايّد باستعماله فى ذلك بالنسبه إلى الثلاث فى خيار التأخير الّذى هو أصل لهذا الخيار. و فيه ما تقدّم.

و يفهم من الروايه حينئذٍ بناءً على ذلك خوف الفساد فى الليل كلّه أو بعضه أو يخصّ بالأوّل، و ارتضى هذا الحمل المقداد و المحقّق الثانى و مال إليه الشارح (٢). و هذا كلّه بالنظر إلى المنصوص.

و أمّا غير المنصوص فحيث عرفت سابقاً أنّ الّذى تقضى به القواعد و الاصول أنّ البائع كغريم امتنع عليه المديون من تسليم حقّه برهه من الزمان و عنده شى ء من ماله و الحكم فيه إن بلغ به التأخير إلى الضرر كان للغريم المقاصّه بإذن المجتهد أو مطلقاً على اختلاف الرأيين. و تخصيص المقاصّه بخصوص الامتناع، لا وجه له.

فإذا كان الأمر على ذلك فإن كان المستند النصّ بالنحو الّذى تقدّم لزم الجمود و الاقتصار على المورد المعلوم من كون العقد بيعاً و التأخير فى الثمن و الخيار للبائع و بدخول جزء من الليل و فساد تمام المبيع فى وجه و كون المانع خوف الفساد الذاتى.

و قد يلحق العارضى من جهه خصوص رطوبه المكان و حرّه، فلا يلحق خوف النهب و الغصب و نقص القيمه و الدخول فى نظر الظَّلَمه.

و تخرج من ذلك جمله من أقسام التغيير الّتى لا يصدق عليها الفساد عرفاً أو يشكّ فى صدقه.

و أن يكون التأخير من المشترى لا من إذن البائع.

١- الدروس ٣: ٢٧۴.

٢- التنقيح ٢: ۴٩، جامع المقاصد ۴: ٢٩٩، الروضه ٣: ۴۵٩، ۴۶٠.

و أن يكون قبل القبض، فلو قبضه و بقى أمانه عنده لم يجر فيه الحكم، و الضمان على البائع إلّا فى صوره الإذن فى التأخير.

و لا يدخل الفساد فى بعض اليوم قبل الليل و لا بعد الليل كفساد اليومين و الثلاثه.

اللّهمّ إلّا أن يتمشّى الحكم فى غير المنصوص بتنقيح المناط و قياس الأولويّه أو بـدلاله الإيماء، و هو غير بعيـد، فيسـرى الحكم إلى الفساد فى اليوم أو الاقلّ أو الأكثر، و يكون مدار ثبوت الخيار على خشيه فساده مطلقاً.

فلو كان ممّا يتسرّع إليه الفساد فى بعض يوم، فالخيار فيه قبل الليل.

و لو كان ممّا لا يفسد فى يوم تربّص به البائع إلى خوف فساد فيتخيّر حينئذٍ و إن مضى عليه يومان أو أكثر.

و احتمل العلّامه رحمه الله فى هـذا انتظار الليله، لورود التحديد به شـرعاً (۱) و هو ضـعيف، لأنّ الأصل اللزوم و لا ضرر عليه فى التأخير، و بأنّ مورد النصّ الفاسـد ليومه، و ليس هـذا منه، فيسـتمرّ فيه اللزوم إلى خوف الفساد لدلاله الإيماء، و يكفى فى الفساد بناءً على ذلك تغيّر العين بفساد البعض.

و ربّما يقال بـدخوله تحت الدليل ابتداءً و نقص الوصف و تقليل الرغبه و إن لم يبلغ حدّ التلف كما يقال: هذا اللحم بائت و هذا العنب بائت كما فى الدروس و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد و ظاهر المسالك (۲).

و يعمل لذاته و غيره، إلّا أنّه بناءً على أنّ المسـتند ذلك لا يسرى إلى جميع أنواع الضرر و إن كانت دائره دلاله الإيماء أوسع من التنقيح و قياس الأولويّه.

و إن جعلنا المستند حديث الضرر شمل جميع أنواعه حتّى نقص القيمه و فوات السوق، للزوم الضرر بنقص السعر.

و الأشبه الأوّل، لأنّ حديث الضرر غير معمول به على عمومه عند الأصحاب

۱- التذكره ۱: ۵۲۳ س ۲۲.

۲- الدروس ۳: ۲۷۵، و لم نعثر عليه فى كنز الفوائد، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۶، المسالك ۳: ۲۱۰.

إلّا فی مقامات قام علیها الدلیل بالخصوص، فجعل مناط الحکم فیها الضرر و لا دلیل فی المقام و الإیماء إلیه بالفساد لا یفید ذلک.

و أمّا الضرر الخاصّ الّذی یکشف عنه الشارع لخصوصیّه فیه فذلک لا ینافی ما نقوله مع أنّ الضرر یندفع بالمقاصّه کما تقدّم، و الأصل لزوم العقد، فیقتصر فیه علی المتیقّن.

و الظاهر أنّ هذا الشرط وجودی لا علمی، فلو زعم الفساد ثمّ فسخ و تصرّف ببیع أو غیره بان فساد الفسخ و ما یتبعه، و التلف فیما یفسد کغیره، فیجی ء فیه الأقوال السابقه، و المختار المختار. و إن لم یصرّحوا به، لاتّحاد الطریق فیهما.

و ربّما صحّ الإطلاق فی الفاسد من المفصّل فی غیره بین ما قبل المدّه و ما بعدها، لإقدام البائع علی التأخیر فیما هو مظنّه التلف.

و هذا الخیار کسابقه فیه الوجهان: الفور، و التراخی، و الأشبه الأوّل.

و ربّما یقال: إنّ الفوریّه فی هذا الخیار و سابقه أوسع دائره من الفوریّه فی الغبن و العیب و نحوهما.

و یظهر من جماعه من الأصحاب أنّ هذا الخیار قسم من خیار التأخیر و أنّه مساوٍ له فی الشروط و الأحکام، و هو الأظهر اقتصاراً فیما خالف الأصل علی المتیقّن.

[السادس: خیار الرؤیه]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«السادس: خیار الرؤیه»

[و هذا ثابت لمن لم یر]

«لمن لم یر»

إذا باع أو اشتری هـذا العنوان، إن بقی علی المعنی الإضافی مع الجمود علیه، لم یدخل خیار الإدراکات الاخر من الشمّ و السـمع و الذوق و اللمس، و کذا الوصف إذا ظهرت بخلاف ما علمت، و کذا العقود الاخر ما عدا البیع بل ما عدا الشراء.

و إن بُنی فیه علی المثالیّه، لم یتفاوت فیه البیع و لا الرؤیه و لا غیرها.

و الظاهر الثانی، لما یظهر من الأصـحاب، و یفهم من الروایه من أنّ ما ذکر فیها سـری مسـری المثالیّه، و یقتضیه حدیث الضرر و الضرار (۱) و یشـهد له الاعتبـار من أنّ فوات وصف اللزوم فی بـاب خیار الرؤیه إنّما هو لقبض (۲) الوصف و قـد کان داخلًا فی المبیع مثلًا فیکون کتبعیض الصفقه، أو باعتبار أنّه یشبه الشرط، و هذا لا یختلف الحال فیه بین البیع و غیره.

و هـل المراد فی مقـام نقض الرؤیه للرؤیه بقولهم: خیـار الرؤیه الرؤیه الاولی التی زال مقتضاها أو الثانیه المکـذّبه للُاولی؟ و کلا الأمرین ممکن و محتمل فی

۱- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخیار، ح ۳ ۵، و ۱۷: ۳۱۹ ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱، و ۳۴۱ ب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات ح ۳ ۵.

۲- کذا، و الظاهر: لنقض.

الروایه، إلّا أنّ الظاهر منها الثانی، و من الأصحاب خروج ذلک عن هذا الباب لفرضهم البحث فیما اشتری بالوصف.

و الوجوه متکثّره، لأنّ الرؤیه قد تنقضها رؤیه اخری أو وصف، و الوصف قد تنقضه رؤیه أو وصف، و هکذا الإدراکات الاخر.

ثمّ الوصف إمّا مشترط فیضاف إلیه خیار الاشتراط، أو فی فقده غبن فخیار الغبن، أو دلّس فیه فخیار التدلیس، أو عیب فخیار العیب، أو حیوان فخیار الحیوان، أو مجلس فخیار المجلس، و هکذا، و لا مانع من تعدّد الأسباب للخیار.

بقی الکلام فی تدلیس الأجنبیّ إذا تعمّد الکذب هل یرجع إلیه؟ الظاهر لا، و ما فی النکاح بحکم الدلیل.

و دلیل هذا الخیار الإجماع المحصّل علی الظاهر فضلًا عن المنقول.

و فی الحدائق أنّه محلّ وفاق (۱) و فی غیرها و هو إجماعی.

و نفی عنه الخلاف فی الریاض (۲) و فی الکفایه و مجمع البرهان کأنّه لا خلاف فیه (۳).

و تدلّ علیه صحیحه جمیل بن درّاج قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری ضیعه و قد کان یدخلها و یخرج منها فلمّا أن نقد المال صار إلی الضیعه فقلبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم یقله فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: إنّه لو قلب منها و نظر إلی تسعه و تسعین قطعه ثمّ بقی منها قطعه و لم یرها لکان له فی ذلک خیار الرؤیه (۴). و هی محموله علی عدم کونها علی الوصف الذی رآه سابقاً و اشتراها معه، و إلّا فلیس محض عدم رؤیه البعض قاضٍ بالخیار.

و احتمل بعض الأصحاب فی الروایه کون التفتیش من البائع بأن یکون البائع

۱- الحدائق ۱۹: ۵۸.

۲- الریاض ۸: ۱۹۹.

۳- الکفایه: ۹۲ س ۲۵، مجمع الفائده ۸: ۴۱۰.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۶۱ ب ۱۵ من ابواب الخیار، ح ۱.

باعه بوصف المشتری و حینئذٍ فیکون الجواب عامّاً بالنسبه إلیهما، و هو بعید کلّ البعد عن سیاق الخبر، و مع تسلیمه فیکون الجواب عامّاً محلّ إشکال (۱).

و استدلّ أیضاً بحدیث الضرر و الضرار (۲) و بانحلال ذلک إلی شبه الشرط أو الشطر فیکون من باب خیار الشرط (۳).

و أمّا صحیحه زید الشحّام قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری سهام القصّابین من قبل أن یخرج السهم فقال: لا تشتر شیئاً حتّی تعلم أین یخرج السهم فإن اشتری شیئاً فهو بالخیار إذا خرج (۴). فلیست ممّا نحن فیه. و إن استدلّ بها فی المقام (۵). و القول بالبطلان فی ذلک باعتبار عدم بقاء محلّ المعامله فیکون البیع باطلًا، لا وجه له.

و سرّ الاشتباه عدم الفرق بین الوصف المعیّن للکلّیات و وصف المعیّن من الشخصیّات و بین الوصف الذاتی و العرضی.

مع أنّه أقصی ما هناک أنّه من باب تعارض الإشاره و الوصف، و الإشاره أقوی، و لیس هو من باب العیب مطلقاً حتّی یثبت فیه الأرش خلافاً لابن إدریس رحمه الله (۶) لأنّ الأرش علی خلاف القاعده کما سیجی ء فی مقامه، فلنقتصر فیه علی مورد الدلیل إلّا إذا دخل فی قسم العیوب.

[زاد فی طرف البائع أو نقص فی طرف المشتری]

قال المصنّف رحمه الله: «زاد فی طرف البائع أو نقص فی طرف المشتری»

بالنسبه إلی کلّ من المثمن و الثمن.

ففی طرف الزیاده المعتبره فی المبیع یتخیّر البائع، و فی طرف نقصانه نقصاً معتبراً یتخیّر المشتری، و فی طرف النقصان للثمن یتخیّر البائع، و فی طرف زیادته

۱- ذکره المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۹: ۵۸ و نسبه أیضاً إلی بعض الأصحاب.

۲- مفتاح الکرامه ۴: ۲۹۲ س ۶.

۳- لم نقف علیه، نعم لعلّه یستفاد من الحدائق، راجع ج ۱۹ ص ۵۶.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۶۲ ب ۱۵ من أبواب الخیار ح ۲.

۵- راجع الحدائق ج ۱۹ ص ۵۷.

۶- السرائر ۲: ۲۴۲.

يتخيّر المشترى.

و لو زاد و نقص الثمن أو المثمن أو هما باعتبارين تخيّرا. و يحتمل ثبوت الخيار لمن عنده الزياده أيضاً، إذ قد يتعلّق الغرض بعدمها، و هو ضعيف، لأنّ الخيار على خلاف الأصل، و المتيقّن ما عدا ذلک، و الضرر منفىّ، و الأغراض النادره لا يناط بها الحكم.

و لو زال ما رأياه بعد البيع قبل القبض ثمّ رجع إلى حاله قبل الإقباض أيضاً قوى ارتفاع الخيار، و لو جبره بقيمه لم ترتفع للأصل، و قد يتعلّق الغرض بالوصف الخاصّ.

و مثله ما لو حدث وصف ترقّى به القيمه عوض ذلک الوصف.

و لو زاد الوصف حسناً فإن كان مشروطاً بعدم الحسن و مثله كلّ زياده لم يجب الأخذ، و إلّا وجب و لا خيار كما سبق.

و هذا الخيار على الفور إلّا مع العذر كما عليه جمع من الأصحاب و نسب إلى الأشهر (۱) و اسند إلى ظاهر الأصحاب (۲) و دليله ما تقدّم فى خيار التأخير (۳).

و هل يسقط هذا الخيار بشرط السقوط أو لا بل يبطل به العقد؟ وجهان: اختار ثانيهما العلّامه رحمه الله و الشهيد الأوّل و المحقّق الثانى جازماً به فيما إذا كان الخيار خيار وصف و محتملًا له فيما إذا كان خيار رؤيه.

و علّلوه بلزوم الغرر باعتبار أنّ الوصف قائم مقام الرؤيه فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئىّ و لا موصوف (۴) و يلزم من ذلک الغرر المنهىّ عنه المبطل للبيع.

و يقوى الأوّل، للعموم (۵) و أنّ المدار على الحال لا المآل، و هو معلوم الآن كما قالوا فى باب تبعيض الصفقه، و شرط عدم الاعتداد به بعد ذلک على تقدير

۱- كما فى الرياض: ج ۸ ص ۱۹۹.

۲- كما فى الحدائق: ج ۱۹ ص ۵۹.

۳- راجع ص ۱۰۵.

۴- التذكره ۱: ۴۶۷ س ۳۰، الدروس ۳: ۲۷۶، جامع المقاصد ۴: ۳۰۲ ۳۰۳.

۵- أى لعموم المؤمنون عند شروطهم.

المخالفه لا ینافی الإقدام علیه حین العقد. و هذا المقدار من العلم کافٍ.

و من ذلک یعلم حال الإسقاط بعد العقد قبل الرؤیه، إلّا أنّه لا مجال هنا لبطلان العقد و إنّما یلغو الإسقاط فقط.

نعم قد یقال: إنّه من الإسقاط قبل الثبوت فلا یفید السقوط. و مبنی المسأله أنّ هذا الخیار و خیار العیب و الغبن مثلًا هل تثبت بمجرّد حصول العیب أو الغبن أو الکون علی خلاف الوصف واقعاً، أو أنّها إنّما تثبت بالظهور؟

و علی الثانی، فهل للعقد فی ذلک تأثیر و یکون الإسقاط لتأثیره و إن لم یتحقّق الضرر، أو أنّ الإسقاط إنّما هو لنفس الأثر فلا یتحقّق قبل تحقّقه تصرّفاً کان أو غیره کما تقدّم فی نظیره.

و الأقوی الأوّل. و أمّا سقوطه بالإسقاط بعد تحقّق الرؤیه، فلا مانع منه قولًا کان المسقط أو فعلًا، خصوصاً علی بناء الفوریّه فیه.

قال فی الدروس: لو شرط البائع إبداله إن لم یظهر علی الوصف، فالأقرب الفساد (۱). انتهی.

و وجهه أنّه شرط منافٍ لمقتضی العقد، لانحلاله إلی شرط عدم استدامه الملک علی أحد التقدیرین. فلا وجه لما فی الحدائق بعد أن ذکر کلام الشهید رحمه الله قال: و فیه أنّه لا- موجب للفساد مع ظهوره علی الوصف المشروط، و مجرّد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور علی الوصف لا یصلح سبباً فی الفساد، لعموم الأخبار المتقدّمه.

نعم لو ظهر مخالفاً فإنّه یکون فاسداً من جهه المخالفه و لا یجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار فی الخیار. و الأظهر رجوع الحکم بالفساد فی العباره إلی الشرط المذکور حیث لا تأثیر له مع الظهور و عدمه. و بالجمله، فإنّی لا أعرف للحکم بفساد العقد فی الصوره المذکوره علی الإطلاق وجهاً یحمل علیه (۲) انتهی.

۱- الدروس ۳: ۲۷۶.

۲- الحدائق ۱۹: ۵۹.

[و لا بدّ فیه من ذکر الجنس و الوصف و الإشاره]

قال المصنّف: «و لا بدّ فیه من ذکر الجنس و الوصف و الإشاره إلی معیّن»

المراد بالجنس إمّا معناه المنطقی و یدخل ذکر النوع تحت ذکر الوصف، أو یراد به الحقیقه النوعیّه کما عبّروا به فی باب الربا. و یراد بـالوصف ذکر الصـنف و الأـمر فی ذلک سـهل بعـد وضوح المعنی المراد و لهـذا أنّ الأصـحاب منهم من اقتصـر علی ذکر الجنس (۱) و منهم من اقتصر علی الوصف (۲) و منهم من جمع بینهما (۳).

و أیّمـا کـان فلاـ بـدّ من ذکر الجنس و الوصف بمقـدار یـدفع الغرر، و یختلف الحـال فیه بـاشتراط تأخیر التسـلیم و عـدمه، و به یحصل الفرق بین هذا النوع و السلم، و لا یضرّ فیه استقصاء الأوصاف دون السلم.

و ما ادّعاه بعضهم من الإجماع علی اشتراط جمیع شروط السلم فی المقام (۴) ممنوع.

و الدلیل علی أصل الحکم الإجماع عامّاً و خاصّاً محصّلًا و منقولًا نقلًا مستفیضاً، و دخوله تحت نواهی الغرر الشرعی.

و الظـاهر أنّ دائره الغرر الشـرعی أضـیق من العرفی، فـإنّ النقود مثلًـا إذا تساوت وزناً و صـرفاً و رغبه لا بـدّ فیها من ذکر النوع و الصنف و إن لم یترتّب علی ذلک الغرر العرفی.

و من هنـا منعنـا من رائـج المعامله و إن لم تختلف فی أفراده الرغبات، فـذکر الجنس و الوصف لا بـدّ منه، فلو لم یـذکر الجنس کأن یقول: بعتک ما فی کمّی، أو لم یصف أو وصف وصـفاً لا یرفع الجهاله للاقتصار فیه أو لکونه غیر معلوم لأحـد المتعاقـدین أو لکون السلعه لا یوضحها الوصف کاللآلی و نحوها، بطل. و لا یلزم الاستقصاء فی الأوصاف و ربّما أخلّ فی بعض الأحوال.

۱- کالعلّامه فی التذکره، راجع ج ۱ ص ۴۶۸ س ۳۹.

۲- کالعلّامه أیضاً فی التذکره، راجع ج ۱ ص ۴۶۷ س ۳۱.

۳- السرائر ۲: ۲۴۱، المبسوط ۲: ۷۶.

۴- راجع التذکره ۱: ۴۶۷ س ۳۰ ۳۱.

و لا بدّ أيضاً من الإشاره إلى المعيّن و إلّا كان المبيع كلّياً لا يوجب الخيار، و ليس له مع عدم القبول سوى أخذ البدل و على البائع إبداله، و لا يفتقر مع ما ذكر إلى الرؤيه باتّفاق أصحابنا خلافاً للعامّه (۱).

[و لو رأى البعض تخيّر فى الجميع مع عدم المطابقه]

قال المصنّف قدس سره: «و لو رأى البعض تخيّر فى الجميع مع عدم المطابقه»

لا ريب أنّ رؤيه بعض المبيع كافيه فى صحّه عقد البيع على الكلّ مجتمعه أجزاؤه أو لا، و فى الحقيقه جميع المركّبات مثليّاتها و قيميّاتها كلّها أو جلّها لا تعرف و لا توصف غالباً إلّا بالاطّلاع على أبعاضها، كما أنّ البواطن يكتفى فيها برؤيه الظواهر كباطن المائعات و باطن الصره (۲) و باطن الأرض و الجدار و نحوها.

و لو اعتبرنا اختبار البواطن لزم الفساد فيما يفسده الاختبار من البقول و الخضر و الثمار و الدراهم و الدنانير و الجواهر و الأدويه و العقاقير و نحوها.

نعم لا يكفى رؤيه ظاهر شى ء لا تكشف عن باطنه، كظاهر الخضره و رأس سلّه العنب و نحوها.

و لو أراه انموذجاً و قال: بعتك من هذا النوع كذا، بطل، للزوم الجهاله لأنّه ليس من المعيّن و لا من الموصوف وصفاً رافعاً للاشتباه فيدخل فى قسم المجهول مع منافاته لحكمه شرع العقود، لعدم انقطاع النزاع به، لعدم انضباط الأوصاف بمجرّد الرؤيه، لحصول الغفله كثيراً عن كثير منها.

أمّا لو قال: بعتك الحنطه الّتى فى البيت و هذا الانموذج جزء منها داخل فى المبيع، صحّ لرؤيه بعض المبيع المفيد مفاد رؤيه الكلّ، و دعوى: شرطيّه اجتماع الأجزاء، ممنوعه.

و إن لم يدخل الانموذج صحّ أيضاً على إشكال، ينشأ من كون المبيع غير

۱- راجع المغنى لابن قدامه: ج ۴ ص ۸۲ نسبه إلى أحمد.

۲- فى نسخه: الصبره.

مرئیّ الکلّ و لا البعض و لا موصوف لیرجع فیه إلی الوصف، و لا اطمئنان بالمعرفه فی الآخره (۱) إذ قد یفقد أو یحجب و هذا کلّه فی المثلیّ.

و أمّا القیمیّ فلا یجری فیه مثل ذلک، لعدم دلاله بعض علی بعض، و منه ما لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی أن ینسج الباقی کالأوّل.

و قد صرّح بالبطلان فیه جماعه من الأصحاب (۲) و علّلوه بأنّ بعضه بیع عین حاضره و بعضه فی الذمّه مجهول (۳).

و علی کلّ حال ففی مقام یثبت الخیار لیس له الاقتصار علی فسخ ما لم یره، للزوم الضرر بتبعیض الصفقه علی الآخر و لنقل الإجماع فیه.

و قد یستدلّ علیه بخبر جمیل (۴) إن جعل اسم الإشاره مشاراً به إلی تمام الضیعه.

۱- کذا، و الظاهر: بالأخره.

۲- المبسوط ۲: ۷۷، المهذّب ۱: ۳۵۲، القواعد ۲: ۶۸، التحریر ۱: ۱۶۷ س ۱۵، التذکره ۱: ۵۲۴ س ۱۷، الجامع للشرائع: ۲۵۶ ۲۵۷، جامع المقاصد ۴: ۳۰۲.

۳- التذکره ۱: ۵۲۴ س ۱۷، جامع المقاصد ۴: ۳۰۲.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۶۱ ب ۱۵ من أبواب الخیار، ح ۱.

[السابع: خیار الغبن]

اشاره

قال المصنّف قدس سره:

«السابع: خیار الغبن»

[الغبن فی اللغه و عند المتشرّعه]

الغبن فی اللغه: الخدع، و عند المتشرّعه: هو الشراء بغیر القیمه مع الجهاله إذا کان التفاوت لا یتسامح به عاده.

و ثبوت هذا الخیار هو المشهور بین الأصحاب، کما فی المهذّب البارع و غایه المرام و الشرح (۱) و خصوصاً المتأخّرین، کما فی المسالک و الکفایه (۲) بل کاد یکون إجماعاً بین المتأخّرین، کما فی إیضاح النافع، و علیه المتأخّرون، کما فی التنقیح (۳) و الشیخ و أتباعه، کما فی الدروس (۴).

و فی التذکره: الغبن سبب ثبوت الخیار عند علمائنا (۵). و فی مقام آخر منها: و إنّما یثبت الخیار للمغبون دون الغابن بالإجماع (۶). و کما یحتمل رجوعه للقید یحتمل رجوعه له و للمقیّد أو للثانی فقط، و الظاهر منها الأوسط.

و فی الغنیه: السبب الخامس للخیار ظهور غبن لم تجر العاده بمثله، بدلیل الإجماع (۷).

۱- المهذّب البارع ۲: ۳۷۴، غایه المرام: الروضه ۳: ۴۶۳.

۲- المسالک ۳: ۲۰۳، الکفایه: ۹۲ س ۲.

۳- التنقیح ۲: ۴۷.

۴- الدروس ۳: ۲۷۵.

۵- التذکره ۱: ۵۲۲ س ۴۰.

۶- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۱۰.

۷- الغنیه: ۲۲۴.

و فی الخلاف حکم به، و نسب الخلاف إلی المخالفین (۱).

و فی کشف الحقّ: ذهبت الإمامیّه إلی أنّ الغبن بما لم تجر العاده بالتغابن بمثله یثبت الخیار للمغبون (۲) و دعوی: أنّ هذا لیس فیه ظهور فی الإجماع بل الغرض منه بیان ما اختصّت به الإمامیّه، ممنوع، مع أنّ المخالفین بین قولین فی ذلک، و قد خلت عن ذکره الهدایه و المقنع و المقنعه و الانتصار و المراسم.

و استظهر الشهید الأوّل فی الدروس عن ابن الجنید أنّ البیع مبنیّ علی المغالبه و المکایسه. و قال فیها: و ربّما قال المحقّق فی الدرس بعدمه (۳).

و أنت خبیر بأن خلوّ الکتب الّتی ذکرنا عنه لا یورث ریبه فی تحقّق الإجماع، لخلوّها غالباً عن کثیر من الأحکام، و ابن الجنید لم یزل موافقاً للعامّه فیما، یختاره فخلافه لا یعبأ به، مع أنّ الخلاف منسوب إلی ظاهره.

و أمّا المحقّق فما کنّا لنلتفت إلی ما ینقل عنه فی الدرس مع ما نشاهده منه (۴) فالإجماع محصّل علی المسأله، فضلًا عن أن یکون منقولًا، و لا- أقلّ من إجماع المتأخّرین، و لا یلتفت إلی استظهار صاحب الکفایه عدم ثبوت الإجماع (۵) و لا- إلی قول الشهیدین (۶) و من تأخّر عنهما: إنّ أکثر القدماء أو کثیراً من القدماء لم یذکروه لانحصار غیر الذاکر له بمن ذکرنا، و لا إلی استبعاد عدم نقل الشیخ علیه الإجماع فی الخلاف مع أنّه عادته نقل الإجماع فی الخلافیّات.

و لو قلنا إنّ مسأله التلقّی و هذه المسأله من سنخ واحد کما صرّح به بعضهم (۷) کان جمیع المتأخّرین مصرّحین به إلّا من شذّ.

و استدلّ علی ثبوته، بما رواه ثقه الإسلام فی الکافی عن إسحاق بن عمّار عن

۱- الخلاف ۳: ۴۱، المسأله ۶۰.

۲- نهج الحقّ: ۴۸۱.

۳- الدروس ۳: ۲۷۵.

۴- المختصر: ۱۲۱، الشرائع ۲: ۲۲.

۵- الکفایه: ۹۲ س ۴.

۶- الدروس ۳: ۲۷۵، المسالک ۳: ۲۰۳.

۷- راجع الخلاف ۳: ۴۱ المسأله ۶۰، و نهج الحق: ۴۸۱، و الدروس ۳: ۲۷۵.

أبی عبد اللّه علیه السلام قال: غبن المسترسل سحت (۱).

و عن میسر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: غبن المؤمن حرام (۲).

و فی روایه اخری: لا یغبن المسترسل، فإن غبنه لا یحلّ (۳). و فسّر فی الروایه: و هو الّذی أرسل إلیک أمره و اعتمد علیک.

و فی مجمع البحرین: و الاسترسال الاستئناس و الطمأنینه إلی الإنسان و الثقه به فیما یحدثه، و أصله السکون و الثبات، و منه الحدیث: أیّما مسلم استرسل إلی مسلم آخر فغبنه فهو کذا.

و منه غبن المسترسل سحت (۴) انتهی. و ظاهره وجود حدیث رابع زائد علی ما ذکرناه.

و استدلّ أیضاً بحدیث الضرر و الضرار (۵) و بقوله تعالی «إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» (۶) و لو علم المغبون لم یرض، و بقوله علیه السلام: لا یحلّ مال امرء إلّا بطیب نفسه (۷)، و النهی عن أکل مال الغیر بالباطل (۸) و بما دلّ علی حرمه الغشّ (۹) و النجش (۱۰) و بأخبار التلقّی الوارده فی أنّ الرکبان إذا قدموا السوق تخیّروا (۱۱) و النهی عن الشراء ما یتلقّی و أکله (۱۲) مع التنقیح للعلّه و أنّها هی الغبن کما فی

۱- الوسائل ۱۲: ۳۶۳، ب ۱۷ من أبواب الخیار، ح ۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخیار، ح ۲.

۳- الوسائل ۱۲: ۲۸۵ ب ۲ من أبواب آداب التجاره، ح ۷.

۴- مجمع البحرین ۵: ۳۸۳ مادّه «رسل».

۵- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخیار، ح ۳ ۵.

۶- النساء: ۲۹.

۷- راجع الوسائل ۳: ۴۲۴ ب ۳ من أبواب مکان المصلّی، ح ۱.

۸- النساء: ۲۹.

۹- الوسائل ۱۲: ۲۰۸ ب ۸۶ من أبواب ما یکتسب به.

۱۰- الوسائل ۱۲: ۳۳۷ ب ۴۹ من أبواب آداب التجاره.

۱۱- المستدرک ۱۳: ۲۸۱ ب ۲۹ من أبواب آداب التجاره، ح ۳ و ۴.

۱۲- الوسائل ۱۲: ۳۲۶ ب ۲۶ من أبواب آداب التجاره.

المختلف (١) و ما ورد فی باب التلقّی من أنّهم یتخیّرون إذا غبنوا کما فی المسالک و الکفایه (٢).

و قد یقال: إنّ جمیع ما استدلّ به مدخول، أمّا الروایات الأوله، فیتوجّه علی الاستدلال بها أنّ الغبن فی کلامهم الضرر من جهه القیمه، و هو فی الشرع الخدع باقیاً علی معناه اللغوی و لم یثبت النقل. و الأصل عدمه، فهو أخصّ من المدّعی، و کذا تخصیصه بالمسترسل و هو الّذی یعتمد علیک مع أنّ حکمهم عامّ علی أنّ التحریم متعلّق بالخدع، و هو خارج عن المعامله، و علی تقدیر دخوله فهو قاضٍ بالفساد لا بالخیار. و ما فیه «أنّ غبن المسترسل سحت». ففیه ما مرَّ، سوی أنّ السحت ظاهر فی حرمه المال.

و قد یقال: إنّ حرمه التصرّف لا تمنع من الملک کالمفلّس و نحوه.

و فیه: أنّ التحریم من کلّ وجه یلغی ثمره الملک، و المفلّس له نفع من بعض الوجوه.

و أمّا خبر «لا ضرر و لا ضرار» ففیه: أنّه إمّا أن یراد النفی فیهما فیکون کذباً، و إمّا أن یراد النهی فیهما فیتعلّق بخارج المعامله، علی أنّه لو تعلّق بالداخل أفاد الفساد لا الخیار، علی أنّ الضارّ إنّما هو القاصد لذلک، فیکون مدلّساً، و هو أخصّ أو مغایر. و لو اختلفت الإراده فکذلک، علی أنّ هذه الروایه غیر معمول بها علی عمومها فی إثبات الخیار عند الأصحاب، و إلّا لأثبتت خیارات لا تتناهی، فهی مرمیّه بالإجمال، لأنّ الخارج منها أکثر من الداخل.

و أمّا الاستدلال بقوله تعالی: «إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (٣) و بروایه لا یحلّ، و قضیّه النهی عن أکل مال الغیر بالباطل باعتبار أنّ المغبون لم یعلم و لو علم ما قدّم. ففیه: أنّ کلّ من اشتری شیئاً و قد سبقه غلامه لشراء مثله أو ولده أو زعم

١- المختلف ٥: ۴۴.

٢- المسالک ٣: ٢٠٣، الکفایه: ٩٢ س ٣.

٣- النساء: ٢٩.

خلوّ بيته ثمّ علم العدم، لو علم سابقاً ما شرى، و نحو ذلک.

و أمّا ما يدلّ على حرمه الغش و النجش، فيتوجّه عليه ما توجّه على الروايات الاوله.

و أمّا أخبار التلقّى، فليس فيها نصّ على العلّه، و إنّما تستنبط منها العلّه استنباطاً، و العلّه المستنبطه ليست من مذهبنا، مع احتمال كون العلّه إنّما هى التدليس.

و أمّا روايه «يتخيّرون إذا غبنوا» فالّذى فى الخلاف و الغنيه و التذكره (۱) أنّ الروايه خاليه عن ذكر «إذا غبنوا».

نعم قالوا: إنّما ذلک أعنى النهى للغبن فهو تنزيل لا تصريح، مع أنّ الروايه مرسله و لا يعلم الراوى، مع أنّ الغبن بناءً على بقائه على معناه يتوافق مع خيار التدليس. و الّذى يقتضيه القاعده لزوم العقد.

هذا كلّه، و أنت خبير بأنّ الظاهر ثبوت الحقيقه الشرعيّه فى الغبن إن لم نقل: إنّه معنى لغوىّ ثانوىّ، أو حقيقه عرفيّه عامّه.

و على تقدير عدم الثبوت، ففهم الأصحاب كما يجبر السند يؤثّر المظنّه فى الدلاله، لأنّهم أقرب عهداً و أدرى بمواقع الألفاظ، و تنزيلهم الغبن على المعنى المصطلح عندهم يؤثّر حصول المظنّه بالدلاله من جهه فهمهم.

و خلوّ ما تقدّم من الكتب عن قوله: «إذا غبنوا» لا يعارض المثبت لو كان نافياً فكيف مع عدم الذكر؟

و يكون معنى قوله: «حرام» أو «لا يحلّ» بمعنى عدم العمل بمقتضى الخيار، و أنّه سحت لو فسخ و لم يدفع إليه.

فالروايات مجبوره سنداً و دلالةً بالشهره المحصّله و المنقوله، بل بالإجماعات المنقوله بل الإجماع محصّل كما عرفت، و استنادهم إلى حديث الضرر كشف عن أنّه ضرر خاصّ كشف عنه الشارع و أنّه ليس كلّ ضرر معتبر

۱- الخلاف ۳: ۴۱ ۴۲ المسأله ۶۰، الغنيه: ۲۲۴، التذكره ۱: ۵۲۲ س ۴۱.

حتّی مثل فوات الرغبه، و نحو ذلک.

و الظاهر أنّ المراد به النفی کنظائره لا النهی، و لا یلزم الکذب، لأنّ المعنی أنّه لا ضرر فی الشریعه و فی التکالیف الشرعیّه ابتداءً و لا ـ ضرار فیها بالنسبه إلی ما یتعلّق بتکالیف المخلوقین بعض مع بعض بمعنی أنّ الشارع لم یشرّع جواز أن یضرّ بعض المخلوقین بعضاً، و یحتمل أنّ الأوّل توطئه للثانی، و الضرر بالجهاد و الحجّ و الصوم مثلًا یدفعه أنّه فی مقابله ما یترتّب علیه من النعیم الأبدی لیس من الضرر بل من النفع کالضرار بالنسبه إلی تکلیف العبید بطاعه الموالی و تکلیف الأولیاء بحفظ المولّی علیهم و نحو ذلک فإنّه مندفع بأنّ المتبادر من الضرار ما لم یکن مقروناً بمصالح و حکم تعود إلی العامل.

علی أنّا نقول: إنّ حکم الضرر و الضرار لا ـ یجری علی الفاعل المختار و کلّها راجعه إلی حکمه و إنّما المراد بالنظر إلی المخلوقین.

فإن قلت: إنّ نفی الضرر یتحقّق بفساد العقد و بالخیار، فبأیّ شی ء تعیّن الخیار.

قلت: لا ریب أنّ مقتضی الجمع بین دلیل صحّه العقد و نفی الضرر یقضی بعدم الفساد فیتعیّن الخیار، و لا یعارضه دلیل لزوم العقد، فإنّ بینه و بین دلیل نفی الضرر عموماً من وجه. و یرجّح الثانی بالمرجّحات الخارجیّه، من فتوی مشهور الأصحاب و نحو ذلک، فتأمّل.

و حیث عرفت أنّ المدار علی الضرر الخاصّ الّذی کشف عنه الشارع و هو متمشّ فی البائع و المشتری و فی العقود الاخر فلا محیص عن القول بثبوته فی الجمیع، لأنّ جمیع ما ذکر فی الاستدلال یعمّ، و لأنّ المناط منقّح.

نعم لو قلنا: إنّ المستند الإجماع لا غیر، أشکل التعمیم.

نعم یستثنی من ذلک ما لم یشرع علی کونه مالًا محضاً من الجانبین کالنکاح و الخلع و الهبه المعوّضه و نحو ذلک، فإنّ الهبه المعوّضه و إن کانت مالًا لکنّه لا یلزم من شرعیّتها العوض، فلیست متمحّضه للمال من الجانبین.

و قد صرّح بالتعميم فی شرح الإرشاد للفخر و التنقیح (۱) و إیضاح النافع، و فی إجاره جامع المقاصد: أنّه یجری فی الإجاره مستنداً إلی أنّه من توابع المعاوضات (۲).

نعم فی المهذّب البارع منع من جریانه فی الصلح (۳) و ربّما ظهر ذلک من الوسیله و التحریر أیضاً (۴).

و فصّل بعض المتأخّرین فقال: إن وقع الصلح علی معاوضه ثبت فیه خیار الغبن، و إن وقع علی إسقاط الدعوی قبل ثبوتها ثمّ ظهر حقّیّه ما یدّعیه و کان مغبوناً فیما صالح عنه فلا خیار، و کذا إن وقع علی ما فی الذمم و کان مجهولًا ثمّ علم بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما علی تأمّل (۵)، انتهی.

و قد یفصّل بین العقد الّذی بنی شخصه علی المسامحه و کان الإقدام علی المعامله فیه مبنیّاً علی عدم الالتفات إلی النقص و الزیاده من بیع أو صلح أو غیرهما فإنّه لا یصدق فیه اسم الغبن و بین غیره، و هو غیر بعید.

و عبّر بثبوت الخیار للمغبون العامّ للمشتری و البائع فی الغنیه و التذکره و القواعد و الإرشاد و الکفایه (۶).

و صرّح بالتعمیم ابن حمزه و العلّامه فی التحریر و الصیمری (۷) و المصنّف فی الدروس مدّعیاً فهم ذلک من الشیخ و أتباعه (۸) فالاقتصار علی ذکر المشتری فی المبسوط و الخلاف و السرائر (۹) لمکان الغلبه.

و یرشد إلی ذلک استدلالهم بأخبار التلقّی کما فی الغنیه (۱۰) و غیرها و قد تقدّم

۱- شرح الإرشاد: ۵۰ س ۹، التنقیح ۲: ۴۷.

۲- جامع المقاصد ۷: ۸۶.

۳- المهذّب البارع ۲: ۵۳۸.

۴- الوسیله: ۲۸۳، التحریر ۱: ۲۲۹ س ۱۶.

۵- اختاره السیّد العاملی فی کتاب الصلح ص ۴۵۵ س ۱۳ و نسبه إلی أبی العباس و الصیمری.

۶- الغنیه: ۲۲۴، التذکره ۱: ۵۲۲ س ۴۰، القواعد ۲: ۶۷، الارشاد ۱: ۳۷۳، الکفایه: ۹۲ س ۸.

۷- الوسیله: ۲۳۷، التحریر ۱: ۱۶۶ س ۳۲، غایه المرام ۲ س ۳۹.

۸- الدروس ۳: ۲۷۵.

۹- المبسوط ۲: ۸۷، الخلاف ۳: ۴۱ المسأله ۶۰، السرائر ۲: ۲۴۹.

۱۰- الغنیه: ۲۲۴.

لک ذکر إجماع التذکره و غیره (۱) فلا تأمّل فی العموم.

[و هو ثابت مع الجهاله]

قال المصنّف: «و هو ثابت مع الجهاله إذا کان بما لا یتغابن به غالباً»

قد اشتمل کلام المصنّف علی شرطین:

الأوّل: عدم العلم بالقیمه قبل الدخول فی العقد و بعد الدخول قبل التمام و بعد التمام قبل التملّک لتوقّفه علی القبض فی صرف أو سلم أو الإجازه علی القول بالنقل، لأنّه فی الجمیع یتحقّق الإقدام علی الناقص، و به ینتفی الخیار. و ما فی عبائر الأصحاب من التقیید بوقت العقد جریاً علی الغالب، لوضوح المراد.

نعم العلم السابق مع النسیان حین العقد لا یفید، فالمدار علی أحد الأمرین من حین العقد و حین التملّک.

و الظاهر أنّ الجهل مقوّم للغبن لا ـ شرط خارجی، فالمراد بالشرط فی کلامهم شرط أصل تحقّق الماهیّه و هو شرط لثبوت الحکم، و المراد بالجهل، المرکّب، و ربّما جعل الظنّ منه.

أمّا الجهل البسیط فقد یقال بأنّ فیه إقداماً و لا یسمّی غبناً، و هو بعید.

نعم فی صوره الشکّ أو الظنّ بالخلاف قد یقال بذلک. و الظاهر خلافه، لعموم الدلیل، و لعدم تحقّق الإقدام، فإنّه لو کان عالماً لما أقدم.

و مبنی المسأله علی أنّ دلیل هذا الخیار من الإجماعات المنقوله و غیرها شامل بإطلاقه لجمیع الصور خرجت صوره العلم باعتبار عدم تحقّق اسم الغبن معه و للإجماعات المنقوله علی اشتراط عدمه و بقی الباقی. فلا وجه لما یتخیّل من أنّ الخیار علی خلاف الأصل فیقتصر فیه علی القدر المتیقّن، و هو الجهل المرکّب فقط.

و هل سقوط الخیار بالعلم لأنّه علامه الرضا أو تعبّد للأدلّه و لعدم تحقّق اسم الغبن معه؟ الظاهر الثانی و إلّا کان خاصّاً، و الدلیل علیه الإجماع المنقول فی

۱- راجع ص ۱۲۵.

التذکره و المسالک (۱) و غیرها.

ثمّ إنّ علم المالک و الولیّ یرفع اسم الغبن، و أمّا الوکیل فإن کان علی الصیغه وحدها فلا یرفع، و مع التفویض یرفع، و علم المالک یرفع، و لو جهل الوکیل المطلق فی وجه قویّ اقتصاراً علی المتیقّن فیما خالف الأصل.

و لو أقدم علی نقص لا یبلغ حدّ الغبن بزعمه فوافق ما فیه الغبن جری حکم الغبن له. أمّا لو أقدم علی نقص من جهه خاصّه فظهر من غیرها مساوٍ له أو أنقص منه، قوی عدم الخیار. أمّا لو زاد علیه کان منضمّاً إلیه، فالأقوی الثبوت.

و لو کان عالماً بالقیمه سابقاً ثمّ زال العلم بعلم شرعی أو غیره قبل العقد فله الخیار، و لو زال بظنّ أو شکّ أو و هم قویّ فإشکال، و الأقوی السقوط.

و لا تعتبر القیمه بعد العقد و الملک، فلو تجدّدت الزیاده أو النقیصه بعدهما فلا غبن و لا خیار إجماعاً.

و هل تعتبر قبل الدخول فی العقد، أو بعد الدخول قبل التمام، أو بعد التمام قبل الملک؟ وجوه، أقواها اعتبار ما قبل التملّک، و لا ملازمه بین زمانها و زمان العلم.

و قد نقل الإجماع فی المسالک علی أنّه لا غبن و لا خیار لو تجدّد النقیصه أو الزیاده بعد العقد (۲) و إن کان قبل القبض. و لعلّ المراد زمان الملک جریاً علی الغالب. و اعتبار ما قبل الدخول فی العقد، غیر بعید، وقوفاً عند ظاهر کلمات الأصحاب.

و فی اختلاف السوق و المقوّمین یقدّم الراجح، و مع التعادل لا خیار، و یثبت بتقویم عدلین دون العدل الواحد.

و المدار فیها علی زمان العقد و مکانه، و یأتی تحقیق ذلک فی باب العیب.

و لا فرق فی الجهل بها بین من یمکنه معرفتها و لو بالتوقیف أو التروّی و غیره، فلو استندت إلی عجالته لم یسقط خیاره کما فی التحریر (۳).

و یثبت جهالته باعتراف الغابن و بالبیّنه إن أمکن. و لا تثبت بقوله مع یمینه مع

۱- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۳، المسالک ۳: ۲۰۳.

۲- المسالک ۳: ۲۰۳.

۳- التحریر ۱: ۱۶۶ س ۳۳.

عـدم إمكانهـا فی حقّه. و فی ثبوتهـا بـذلک مع الإمکـان قولان: من استصـحاب لزوم العقـد، و من أصل عـدم العلم و کونها من الامور الخفیّه غالباً فلا یطّلع علیها إلّا من جهته، و هذه قاعده یعلم من الأصحاب الإجماع علیها إلّا فیما استثناه الدلیل.

و قد استظهره فی المسالک (۱) و قوّاه فی الشرح (۲) و نفی عنه البعد فی جامع المقاصد (۳) و مال إلیه فی تعلیق الإرشاد (۴) و هو الأقوی.

و یشـکل الأوّل بأنّه ربّما تعـذّرت إقامه البیّنه و لـم یتمکّن الخصم من معرفه الحال فلا یمکنه الحلف علی عدمه مع أنّه فعل غیره، فلا یمکن فیه الیمین علی القطع، فتسقط الدعوی بغیر بیّنه و لا یمین.

اللّهمّ إلّا أن یقال: إنّه یتوجّه علیه حینئذٍ یمین عدم العلم بالجهاله، و هو بعید.

نعم لو علم ممارسته لذلک النوع فی ذلک الزمان و المکان بحیث لا یخفی علیه قیمته، لم یلتفت إلی قوله.

الشـرط الثانی: الزیاده و النقیصه الفاحشه، للأصل، و الإجماع علی الظاهر و لعـدم صدق الغبن بدونها کصوره العلم، أو یصدق و لکن لا ینصرف إلیه إطلاق الدلیل.

و المراد بالفاحشه، الّتی لا یتغابن بمثلها بحسب العاده، إذ لا تقدیر لها شرعاً.

و فی التـذکره: لا تقـدیر للغبن عندنا (۵) و مـا ذلـک شـأنه یرجع فیه إلی العـاده، فالـدرهم بل الخمسه من المائه لیس غبناً و من العشره غبن و هکذا ..، و طریق معرفته ظاهر، لأنّه یمکن إقامه البیّنه فیه علی القیمه فیناط بها، بخلاف بعض صور الأوّل.

و لا یسقط هذا الخیار ببذل الغابن کما فی الدروس و غایه المرام و المهذّب البارع و جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد و المسالک و الشرح و مجمع البرهان (۶)

۱- المسالک ۳: ۲۰۴.

۲- الروضه ۳: ۴۶۴.

۳- جامع المقاصد ۴: ۲۹۴.

۴- تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۵.

۵- التذکره ۱: ۵۲۳ س ۸.

۶- الـدروس ۳: ۲۷۵، غـایه المرام ۲: ۳۸ المهـذب البارع ۲: ۳۷۸، جامع المقاصـد ۴: ۲۹۵، تعلیـق الإرشـاد (مخطوط): ۱۳۵، المسالک ۳: ۲۰۸، الروضه ۳: ۴۶۴، مجمع البرهان ۸: ۴۰۴.

استناداً إلى الاستصحاب، بناءً على أنّ ثبوته غير مراعى بعدم البذل، و بناءً على عدم العموم الزمانى فى دليل لزوم العقد، من غير فرق بين أن يكون المثبت لهذا الخيار الإجماع أو حديث الضرر (۱) أو غيرهما.

و لا ينافى ثبوته بالإجماع وقوع الخلاف فيه فى محلّ الفرض فإنّه ينسحب إلى محلّ الخلاف بالاستصحاب على أنّه لا خلاف و إنّما هناك استشكال، كما لا ينفى القول ببقاء الخيار و إن كان المستند دليل الضرر لو قلنا به دعوى أنّه بناءً على ذلك يدور الحكم معه حيث ما دار فيندفع بالبذل.

أمّا أوّلًا فلأنّ ذلك لا يخرج المعاوضه المشتمله على الغبن عن اشتمالها عليه، لأنّه هبه مستقلّه خارجيّه فهو من قبيل هبه الغابن الخارجيّه لا يسقط بها الخيار و فيه بحث.

و أمّا ثانياً فلأنّ غرض المغبون ربّما كان عيناً عزيزه ذات قيمه فلا يندفع ضرره.

و أمّا ثالثاً فلأنّ انتفاء الضرر لا ينحصر فى بذل التفاوت بل يمكن بالردّ أيضاً، فدعوى تعيّنه تحكّم.

و فيهما نظر، فإنّ الغرض دفع الضرر الخاصّ الّذى قضى بالخيار و هو نقص القيمه لا كلّ ضرر، فتعلّق غرضه بخصوص العين لا مدخليّه له، فلا وجه للثانى. و الضرر قد اندفع بالبذل و قد وقع، فلا حاجه إلى فسخ العقد الّذى لم يقع بعد، مع منافاته للأصل، فلا وجه للثالث.

و استشكل فى عدم سقوط الخيار فى القواعد و التذكره و حواشى الشهيد و المفاتيح (۲) لما ذكر، و لأصل اللزوم فيقتصر فيما خالفه على المتيقّن المجمع عليه، و المتحقّق به الضرر و حيث يبذل التفاوت فلا ضرر و لا إجماع.

۱- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخيار، ح ۳ ۵، و ۱۷: ۴۱۹ ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱، و ۳۴۱ ب ۱۲ من أبواب إحياء الموات، ح ۳ ۵.

۲- القواعد ۲: ۶۷، التذكره ۱: ۵۲۳ س ۱۱، المفاتيح ۳: ۷۴.

و فیه مع ما تقدّم: أنّ الدلیل غیر منحصر بالإجماع المحصّل و حدیث الضرر کما عرفت (۱) و إطلاق الإجماعات المنقوله و الروایات شامل لمثل هذه الصوره مع جبرها بالشهره المحصّله فضلًا عن المنقوله بالنسبه إلی ما نحن فیه.

و مثل المسأله ما لو بذل الزبون بدل المغبون فیه کما فی الدروس و غایه المرام (۲).

و مثلها ما لو ترقّت قیمه المبیع قبل العلم بالغبن أو بعده قبل الفسخ بما یرفع الغبن الحاصل وقت العقد.

و الظاهر أنّه لیس فی فرض هذه المسأله منافاه لفوریّه الخیار علی القول به بل تتأتّی علی الوجهین، إذ المراد الفوریّه العرفیّه فلا منافاه.

و فی المسالک و الکفایه: أنّ العلّامه استشکل فی ثبوت الخیار لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الإجماع علی عدم ثبوت الأرش به (۳).

و أنت خبیر بأنّه لا منافاه، إذ المنفیّ بالإجماع أخذه و دفعه علی سبیل الاستحقاق، فإنّه حینئذٍ لا یجب علی الغابن دفعه و لا یحلّ للمغبون أخذه، لأنّه لا یستحقّه.

و محل الإشکال ما إذا دفعه لا علی ذلک الوجه، بل فی مقابله ترک الفسخ، فهل یجب علی المغبون القبول و لا یجوز له الفسخ و الخیار أم لا ـ بل ذلک منوط بالتراضی فیکون معامله اخری؟ و لا ریب أنّهما لو اتّفقا علی إسقاطه بالعوض، صحّ کغیره من الخیارات.

[و لا یسقط بالتصرّف]

قال المصنّف قدس سره: «و لا یسقط بالتصرّف إلّا أن یکون المغبون المشتری و قد أخرجه عن ملکه»

الظاهر سقوط هذا الخیار، باشتراط السقوط کما هو المتداول بین الناس،

۱- راجع ص ۱۲۵ ۱۲۷.

۲- الدروس ۳: ۲۷۵، و أمّا غایه المرام فلم یذکره صریحاً، فلعلّه استفاده من عموم قوله: فلا یسقط إلّا باختیار الغبن، راجع ج ۲: ص ۳۸.

۳- المسالک ۳: ۲۰۷، الکفایه: ۹۲ س ۹.

و بالمسقط القولى الظاهر منه و الصريح.

أمّا سقوطه بالشرط، فللعموم (۱). و أمّا سـقوطه بالإسقاط، فلأنّه حقّ من الحقوق فيسقط بالإسقاط كغيره من الحقوق. و لا يفترق الحال فيه بين ما بعد ظهور الغبن و قبله.

و دعوى: أنّ المتيقّن من دليل ثبوت هـذا الخيار إنّما هو بعد الظهور و الأصل اللزوم فالإسـقاط قبله إسـقاط قبل الثبوت، ممنوعه، لإطلاق الإجماع المنقول عليه، و ظاهر الروايه «يتخيّرون إذا غبنوا (۲)».

نعم فى أخبار التلقّى «إذا قدموا السوق تخيّروا (۳)» و لا منافاه فيه، و عدم تعرّض مشهور الأصحاب لسقوطه بالاشتراط اتّكالًا على الظهور و إحالته على ما تقدّم لهم فى غيره من الخيار، و لهذا قالوا: و لا يسقط بالتصرّف مقتصرين عليه.

نعم صـرّح الصيمرى بأنّه لا يسقط بذلك، بل يبطل العقد و الشرط (۴) و فى الدروس: لو شـرطا رفعه أو رفع خيار الرؤيه فالظاهر بطلان العقد، للغرر، ثمّ احتمل صحّه اشتراط رفع خيار الغبن (۵).

و المحقّق الثانى احتمل صحّه اشتراط سقوطه و عدمها، ثمّ استظهر الأوّل (۶) و مثله فى المفاتيح (۷).

و أنت خبير بـأنّه لا مـدرك لعـدم الصـحّه إلّا حكايه الغرر و قـد علمت فسادها فى خيار الرؤيه (۸) و الاسـتناد إلى عدم السقوط بالتصرّف فلا يسقط بالشرط إذ

۱- المؤمنون عند شروطهم.

۲- ذكرها صاحب المسالك ۳: ۲۰۳، و الكفايه: ۹۲ س ۳.

۳- المستدرك ۱۳: ۲۸۱ ب ۲۹ من أبواب آداب التجاره ح ۳ ۴.

۴- غايه المرام ۲: ۳۴.

۵- الدروس ۳: ۲۷۶.

۶- جامع المقاصد ۴: ۳۰۲ ۳۰۳.

۷- فى المفاتيح نصّ على سقوطه بالشرط راجع ج ۳ ص ۷۴.

۸- راجع ص ۱۱۹.

لا دلاله فیه، لمنع التلازم مع أنّ التصرّف أضعف من الاشتراط.

هذا کلّه فی سقوطه بالمسقط القولی.

و أمّا سقوطه بالمسقط الفعلی فأطلق أکثر الأصحاب عدم سقوطه بالتصرّف إلّا فی المخرج عن الملک أو المانع من الردّ کالمصنّف هنا، إلّا أنّه قیّده بالمشتری و نقل الشهره علی ذلک فی الشرح و المفاتیح (۱) و ظاهر إطلاقهم عدم الفرق فی عدم السقوط بالتصرّف بین العلم بالخیار و عدمه.

نعم فی مطاوی بعض کلماتهم کالمصنّف هاهنا قد یظهر الاختصاص بصوره الجهل.

و قد صرّح به فی المسالک (۲) و الظاهر أنّ مرادهم ذلک خصوصاً بناءً علی ما هو الأصحّ من فوریّه هذا الخیار اقتصاراً علی المتیقّن من الخروج عن عموم دلیل السقوط بالتصرّف.

نعم بناءً علی احتمال الاقتصار فی السقوط بالتصرّف علی الموضع الخاصّ الّذی قام فیه الدلیل الخاصّ کخیار الحیوان و أنّه لا عموم فی دلیله، کان ذلک علی وفق القاعده، و یکون التخصیص بالمشتری بالنظر إلی السقوط بالتصرّف الناقل کما هو ظاهر البعض فی محلّه. و لکنّه علی احتمال ضعیف کما تقدّم.

و أمّا فی صوره الجهل، فإن کان السقوط بالتصرّف لدلالته علی الرضا کان عدم السقوط به علی وفق القاعده.

و بناءً علی الوجوه الاخر فی التصرّف و القول بعموم دلیله، فلا بدّ لإخراج هذا المقام من دلیل یدلّ علیه بالخصوص. و الظاهر قیام الإجماع علیه، و خروج معلوم النسب لا یقدح فیه. فما فی المبسوط و التنقیح: من أنّه لا فرق بین الخیارات فی سقوطها بالتصرّف (۳) بناءً علی شموله لذلک لا ینافی دعوی الإجماع، و حیث إنّ

۱- الروضه ۳: ۴۶۵، المفاتیح ۳: ۷۴.

۲- المسالک ۳: ۲۰۷.

۳- المبسوط ۲: ۸۳، التنقیح ۲: ۵۰.

البناء علی عموم دلیل السقوط بالتصرّف یقتصر علی المتیقّن من عدم السقوط به و هو صوره الجهل، للإجماع. و شموله لصوره العلم محلّ شکّ فیبقی علی وفق القاعده.

ثمّ إنّ ظاهر المصنّف عدم الفرق فی عدم سقوط الخیار بالتصرّف بین أن یکون المتصرّف الغابن أو المغبون، و المغبون بین أن یکون هو البائع أو المشتری إلّا فی قسم خاصّ من تصرّف المشتری و هو المخرج عن الملک و الظاهر منه ما کان بالعقد اللازم، و هو بالنظر إلی تصرّف الغابن بائعاً کان أو مشتریاً لأیّ نوع من التصرّف کان لا کلام فیه، و هو المشهور بین الأصحاب. و قد صرّح به فی الدروس و غایه المراد و المهذّب البارع و التنقیح و غایه المرام و جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد و الشرح و المسالک (۱) و غیرها، لعدم الدلیل علی سقوطه فیستصحب، و ضرر المغبون لا یسقط اعتباره بتصرّف من لا ضرر علیه کما هو الشأن فی سائر الخیارات، غیر أنّ تصرّفه المخرج عن الملک بعقد لازم أو مطلقاً. و مثله المانع من الردّ باستیلاد و نحوه للأصحاب فیه وجوه ثلاثه:

أحدها: عدم جواز مثل هذا التصرّف لمنافاته حقّ الغیر (۲) و لا ینفذ إلّا مع الإذن إلّا فی العتق لابتنائه علی التغلیب فی وجه، و هو مبنیّ فی المقام علی ثبوت الحقّ و إن لم یظهر الغبن للمغبون، أو علی القول بالتراخی، أو الفوریّه مع عدم المنافاه، أو إجراء للحقّ التقدیری مجری الحقّ التحقیقی.

الثانی: تتبع العقود و فسخها کالشفیع و فی المانع من الردّ یردّه لسبق الحقّ، و یشکل فیه و فی مثل العتق و الوقف، للزومه عود الحرّ رقّاً و الوقف طلقاً.

الثالث: الانتقال إلی المثل أو القیمه جمعاً بین الحقّین، و الإخراج من الملک و نحوه من التلف الشرعی و هو کالتلف العقلی. و هو أقوی الوجوه، لما فی الأوّل من لزوم الضرر، و فی الثانی من مخالفه الأصل. و مثله الإتلاف و إنْ منع منه کما فی الوجه الأوّل.

۱- الدروس ۳: ۲۷۵، غایه المراد ۲: ۹۹، المهذّب البارع ۲: ۳۷۶، التنقیح ۲: ۴۸، غایه المرام ۲: ۳۶ ۳۸. جامع المقاصد ۴: ۲۹۶، تعلیق الإرشاد (مخطوط): الورقه ۱۳۵. الروضه ۳: ۴۶۵، المسالک ۳: ۲۰۷.

۲- کذا فی الأصل، و فی نسخه: العین.

و يظهر من الأردبيلى (۱) جريان الوجهين الأخيرين فى تصرّف المغبون ذى الخيار مدّعياً عدم الفرق بين المقامين. و هو خلاف ظاهر الأصحاب، و كأنّ الفارق أنّ مباشره ذى الخيار بنفسه للعقد المخرج عن ملكه تقضى برفع سلطانه بعد ذلك على فسخه، فكأنّه هو المسقط لحقّ نفسه بخلاف الأوّل، فتأمّل.

و أمّا المغبون، فإن كان هو البائع فظاهر كلامه عدم السقوط بتصرّفه بالثمن مطلقاً من غير إشكال، بخلاف تصرّف المشترى فإنّه استثنى منه التصرّف المخرج عن الملك أوّلًا، و نظر فيه أخيراً.

و يشكل الفرق بينهما، بل هما سواء بالنسبه إلى ذلك فى الإسقاط و عدمه، إلّا أن يريد بقوله: «إلّا أن يكون المغبون المشترى» فى مقابله الغابن الّذى هو البائع، و هو خلاف الظاهر.

و ظاهر الشارح فى الشرح نسبه الفرق إلى المشهور (۲) و نسبه بعض المتأخّرين إلى أكثر الأصحاب (۳) و الشهره ممنوعه.

و الظاهر أنّ التقييد فى كلام البعض جرياً على الغالب. أ لا ترى أنّ جماعه من الأصحاب قيّدوا أصل ثبوت هذا الخيار بالمشترى، و منهم: المحقّق فى الشرائع (۴) و رتّب هذا الحكم عليه، و من المعلوم كما سبق عدم إراده هذا القيد بالنسبه إلى الأصل.

و ظاهر القواعد و التحرير و التذكره و المهذّب البارع و غايه المرام عدم الفرق (۵).

و فى المسالك قوّى احتمال عدم الفرق قال: و إطلاق جماعه من الأصحاب الحكم ببطلان رجوع المغبون بتصرّفه المانع، و تعليلهم يشمله (۶) انتهى.

و فى جامع المقاصد بالنسبه إلى تصرّف البائع المغبون فى الثمن تصرّفاً مخرجاً عن الملك قال: لا أعلم فى ذلك تصريحاً. لكن فى عباره التذكره ما

۱- مجمع الفائده ۸: ۴۰۴.

۲- الروضه ۳: ۴۶۵.

۳- راجع مفتاح الكرامه ۴: ۵۲۷.

۴- الشرائع ۲: ۲۲.

۵- القواعد ۲: ۶۷، التحرير ۱: ۱۶۶ س ۴۰، التذكره ۱: ۵۲۲ س ۴۰، المهذّب البارع ۲: ۳۷۴، غايه المرام ۲: ۳۶ ۳۸.

۶- المسالك ۳: ۲۰۷.

یقتضـی عمومه سـقوط الخیار هنا بالتصـرّف إذا کان مخرجاً عن الملک فإنّه قال: و لا یسقط هذا الخیار بتصرّف المغبون لأصاله الاستصـحاب إلّا أن یخرج عن الملک ببیع أو عتق و شـبهه، لعدم التمکّن من استدراکه. هذا لفظه و هو شامل لما قلنا مع احتمال أن یرید به تصرّف المشتری خاصّه إذا کان هو المغبون لکن ما استدلّ به بعینه قائم فیما ذکرناه (۱) انتهی.

و قد عرفت أنّ ذلک غیر مقصور علی التذکره.

[التصرّف الناقل بطریق اللزوم]

قـال المصـنّف قـدس سره: «و فیه نظر للضـرر مع الجهل بالغبن فیمکن الفسـخ و إلزامه بالقیمه أو المثل و کـذا لو تلفت العین أو استولد الأمه»

لا ریب أنّه فی التصرّف الناقل بطریق اللزوم من المغبون مع الجهل بالغبن أو بالخیار احتمالات:

الأوّل: تتبّع العقود و فسخها و قد احتمله الأردبیلی (۲) و قد تقدّم تمریضه.

الثانی: لزوم العقد بسببه و سقوط الخیار، و هو فتوی المشهور مطلقاً کما استظهرناه أو فی خصوص المشتری.

الثالث: الفسخ و الرجوع إلی المثل و القیمه دفعاً للضرر المنفیّ بالخبر.

و أقوی الوجوه الثانی باعتبار ما تقدّم، من عموم دلیل السـقوط بالتصرّف غایه ما یخرج عنه بالمتیقّن هو التصرّف الغیر الناقل و ما بحکمه، و حدیث الضرر (۳) غیر معمول به علی إطلاقه، مع أنّه هو الّذی یسـبّب الضرر علی نفسه فلا حکم لضرره، و لا فرق فی ذلک بین أن یعود إلیه ما تصـرّف فیه بفسـخ أو إقاله أو موت الولـد أو غیرها، مع عدم المنافاه للفوریّه و عدمه خلافاً للشارح فی الشرح (۴) إذ بعد السقوط لا یعود، للاستصحاب. و احتمال: أنّ سقوطه کان مراعی بعدم العود، ضعیف.

۱- جامع المقاصد ۴: ۲۹۶.

۲- مجمع الفائده ۸: ۴۰۴.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخیـار ح ۳ ۵، و ۱۷: ۳۱۹ ب ۵ من أبواب الشـفعه، ح ۱، ۳۴۱ ب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات، ح ۳ ۵.

۴- الروضه ۳: ۴۶۶.

و حيث إنّ هذه المسأله من المسائل الجليله و حكمها غير مستوفى فى كلامهم فلا بدّ فيها من بسط المقال، فنقول:

إنّ المغبون إمّا البائع أو المشترى، و العارض إمّا تلف أو تصرف، و التلف إمّا من البائع أو المشترى أو منهما، أو من أجنبىّ، أو من السماء، أو من المركّب بأقسامه.

و التصرّف إمّا من الغابن أو من المغبون أو منهما، فى تمليك عين أو منفعه لازم أو جائز أو مبعّض، أو وقف عامّ أو خاصّ أو تحرير، باختيار أو تنكيل أو سرايه أو إعداد للتحرير بكتابه أو ولاده أو تدبير، أو تصرّف غير مغيّر كالركوب، أو مغيّر بالزياده العينيّه كالغرس للأرض، أو الحكميّه كقصاره الثوب، أو المشوبه كصبغه أو بالنقصان عيناً أو عيباً أو وصفاً بالامتزاج المقتضى للشركه كخلطه بالأجود أو بالمثل أو بالأردإ، أو بما لا يقتضى الشركه، أو بغير الزياده و النقصان كنصب الفصّ فى الخاتم، أو بهما معاً على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابوناً.

ثمّ إمّا أن يزول المانع من الردّ قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده، أو لا يزول.

و هذه جمله أقسام المسأله، و قد جعل الشارح منها ما إذا كان المغبون البائع و المشترى معاً (۱) و هو غير متعقّل فيسقط بصوره، لأنّ الغبن فى طرف البائع إنّما يكون إذا باع بأقلّ من القيمه السوقيّه و فى طرف المشترى إذا اشترى بأزيد منها، و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثمن من الأثمان أو العروض أو أحدهما من أحدهما و الآخر من الآخر، فلا يتعقّل كونهما مغبونين معاً، و إلّا لزم كون الثمن أقلّ من القيمه و أكثر منها، و هو محال.

و قد تفرض فى صوره تعدّد المبيع و الثمن و اتّحاد العقد، و لكن العقد باعتبار تعدّد الثمن بحكم البيعين و الكلام فى البيع الواحد، فتأمّل.

و جمله القول فى هذه الصور: أمّا بالنظر إلى التلف فإن كان المتلف الغابن لما فى يده فسخ المغبون و رجع عليه بالمثل أو القيمه، و إن كان لما فى يد المغبون فسخ المغبون و ارجع ماله و لا شى ء عليه إن كان المدفوع مثليّاً لوقوع التهاتر

۱- الروضه ۳: ۴۶۷.

قهريّاً، و إن كان قيميّاً أو مثليّاً و قد تعذّر كان مطالباً بالقيمه وقت الفسخ على أحد الوجهين، و حينئذٍ فإن ساوت وقت التلف فلا إشكال، و إن زادت أخذ الزائد، و إن نقصت دفع الزائد. نعم لو قلنا بالفسخ من الأصل لا من حينه لم يكن عليه شی ء مطلقاً.

و إن كان المتلف المغبون لما فی يد الغابن و قد فسخ دفع مال الغابن إليه، و بالنسبه إلى الرجوع عليه على نحو ما سبق، هذا مع الجهل بالخيار.

و أمّا مع العلم فإنّه فسخ كما تقدّم، مع احتمال أنّه فسخ مطلقاً.

و قد يقال: إنّ إتلاف المنقول عنه كإتلاف المنقول إليه مسقط لخياره، و هو ضعيف. و إن كان لما فی يده فالظاهر جريانه مجرى التصرّف اللازم وفاقاً للمحقّق الثانی، لأنّ الإتلاف أقوى من التصرّف المخرج عن الملک (۱) إن لم نقل بالتلازم بينهما فيجری الاحتمالان السابقان من الثلاثه المتقدّمه، و المختار المختار.

و أمّا التلف من السماء و مثله تلف الأجنبیّ، فقد تردّد فيه المحقّق الثانی، من عدم استدراكه، و من عدم التقصير من المشتری فلا يسقط حقّه (۲).

و الأقوى عدم السقوط استصحاباً لبقاء الخيار. و ما يتخيّل: أنّه من تغاير الموضوع، لا وجه له، لأنّ الموضوع، العقد و هو لم يتغيّر، و ليس الموضوع المبيع. و دعوى: تشخّص العقد بالمعقود عليه، ممنوعه.

و أمّا بالنظر إلى التصرّف، فإن كان المغبون هو البائع لم يسقط خياره بتصرّف المشتری مطلقاً، فإن فسخ و وجد العين باقيه على ملكه لم يتغيّر تغيّراً يوجب زياده القيمه أخذها، و إن وجدها متغيّره بصفه محضه كالطحن و القصاره فكذلک، و لا شی ء عليه، خلافاً للشارح فله اجره عمله جازماً به فی الشرح (۳) و قوّاه فی المسالک (۴) للأصل، و لاستناد تضييع عمله إليه و لا مدخليّه فيه للبائع، و لو زادت قيمه العين بها شاركه فی الزياده بنسبه القيمه.

۱- جامع المقاصد ۴: ۲۹۷.

۲- جامع المقاصد ۴: ۲۹۷.

۳- الروضه ۳: ۴۶۸.

۴- المسالک ۳: ۲۰۵.

و إن كان صفه من وجه و عيناً من اخرى كالصبغ صار شريكاً بنسبته، كما مرَّ و أولى هنا. و لو كانت الزياده عيناً محضاً كالغرس أخذ المبيع و تخيّر بين قلع الغرس بالأرش و إبقائه بالاجره، لأنّه وضع بحقّ، و لو رضى ببقائه لها و اختار المشترى قلعه، فالظاهر أنّه لا أرش عليه و عليه تسويه الحفر حينئذٍ.

و لو كان زرعاً وجب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالاجره كما فى الشرح (۱) و يشكل بما سبق: من الأصل، و استناد ضرره إليه، و لا مدخليّه للبائع فيه، و أنّ فسخه بحكم الشارع فلا يستعقب شيئاً. و حديث الضرر (۲) غير مسلّم الحجّيه إلّا حيث يحصل له الجابر، و الشأن فى حصوله فى هذا المقام و إن كان هو مذهب الأشهر فى باب الشفعه فيتعيّن القلع بغير أرش خصوصاً مع علم الغابن بالغبن و إن لم يعلم المغبون به، لإقدامه على ذلك، فتأمّل.

و إن وجدها ناقصه أخذها مع أرش النقصان، لأنّ مقتضى الخيار ترادّ العوضين على ما كان عليه مع وجودهما و المثل و القيمه مع التلف للكلّ أو البعض، خلافاً للشارح فى الشرح فيأخذها مجّاناً كذلك إن شاء (۳).

و ترقّى فى المسالك إلى صوره ما إذا كان النقص بفعل المشترى قال: و إن كان بفعله فالظاهر أنّه كذلك، لأنّه تصرّف فى ملكه تصرّفاً مأذوناً فيه، فلا يتعقّبه ضمان (۴) انتهى.

و هو بعيد، و لعلّه يريد بذلك نقص الصفه لا ـ العين، و مع ذلك بالنسبه إلى الصفه الّتى تنقص القيمه و خصوصاً فيما جعل الشارع لها أرشاً كما فى العيب لا يتعدّد.

و لو وجدها ممتزجه بغيرها، فإن كان بمساوٍ أو أردأ صار شريكاً، و يتعيّن عليه دفع الأرش بالنسبه إلى الثانى، بل بالنسبه إلى الأوّل أيضاً لعيب الشركه على إشكال، و له إلزامه بالمثل أو القيمه فى وجه سيّما فى الثانى.

۱- الروضه ۳: ۴۶۹.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۶۴ ب ۱۷ من أبواب الخيار، ح ۳ ۵، و ۱۷: ۳۱۹ ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱، و ۳۴۱ ب ۱۲ من أبواب إحياء الموات، ح ۳ ۵.

۳- الروضه ۳: ۴۶۹.

۴- المسالك ۳: ۲۰۵.

و إن كان بأجود، ففى سقوط خياره من العين و الانتقال إلى المثل أو القيمه أو كونه شريكاً بنسبه القيمه أو الرجوع إلى الصلح و نحوه، أوجه، و الثالث لا يخلو عن قوّه، لبقاء ماله، و أصاله بقاء خياره، كذا فى المسالك (۱).

و أمّا احتمال سقوط خياره بالمرّه كما ربّما يظهر من الشرح (۲) فضعيف جدّاً.

و لو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميّز، فكالمعدومه.

و لو وجدها منتقله بعقد لازم، فإن كان عقد تمليک قام فيه الاحتمالات السابقه بتمامها، و إن كان وقفاً أو عتقاً قام فيه منها احتمالان و سقط الثالث، كما تقدّم.

إلّا أنّ كلامهم فى باب الشفعه فيما لو أخذ الشفيع بها و وجد المشترى قد وقف الأرض مسجداً، قد ينافى ذلک.

و لعلّ مستندهم هناک سبق حقّ الشفعه على الوقف، و هو جارٍ فيما نحن فيه إلّا حيث لا يعلم المغبون بالخيار و قلنا بتوقّف ثبوته على العلم.

و قد عرفت ما هو المختار فى الجميع من الانتقال إلى المثل أو القيمه. و كذا لو كان التحرير بتنكيل أو سرايه أو إعداد للتحرير و إن كانت باقيه على ملكه مع عدم إمكان الردّ كالولاده.

ثمّ إن استمرّ المانع استمرّ السقوط، و لو زال المانع قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد أخذ العين، مع احتمال العدم خصوصاً مع المنافاه للفور، لبطلان حقّه بالخروج، فلا يعود.

و يحتمل الفرق بين انتقالها بالبيع و نحوه و مانع الاستيلاد، فيبطل فى الأوّل دون الثانى، لزوال الملک فى الأوّل المبطل للرجوع فى العين بخلاف الثانى، فإنّ الملک باق و إنّما منع من الردّ مانع و قد زال.

و فى المسالک: و هذا الوجه لا يخلو عن قوّه (۳).

۱- المسالک ۳: ۲۰۶.

۲- الروضه ۳: ۴۷۰.

۳- المسالک ۳: ۲۰۶.

و لو كـان العود بعـد الحكم بـالعوض سواء قبضه أو لا، ففى رجوعه إلى العين وجهان: من بطلان حقّه من العين، و كون العوض للحيلوله. و يحتمل الفرق بين أخذ العوض و عدمه.

و لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار احتمل إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذّر قيل يفسخ المغبون.

و فى المهذّب البارع: إنّ له الفسخ مطلقاً (۱) و هو بعيد (۲). و يحتمل عدمه فينتقل إلى البدل كاللازم.

و إن وجد المانع من الردّ نقل المنافع على وجه اللزوم كالإجاره و التحبيس جاز له الفسخ و انتظار انقضاء المدّه و تصير ملكاً من حينه.

و تظهر الفائده فى ملك ما لا يدخل فى تلك المنفعه المنقوله من حمل أو ثمره أو استخدام و عتق و نحوها.

و يجب عليه الصبر مجّاناً حتّى ينقضى مـدّه الإجاره، باعتبار أنّ المنفعه المتجـدّده و إن كانت معدومه سابقاً إلّا أنّ الشارع جعلها بحكم الموجوده، و لهذا صحّ العقد عليها، و قد استوفاها بالإجاره، فتكون كالمنفعه المستوفاه قبل الفسخ.

و يحتمل الفرق بين المدّه الطويله جدّاً فتقوم مقام التلف للعين و غيرها و لا يجوز له تأخير الفسخ حتّى تنقضـى المدّه على القول بأنّه للفور مع احتماله لأنّه تأخير لعذر.

و يجب عليه ردّ العوض عاجلًا من حين الفسـخ لانتقـال العين إليه من حينه و دخوله على تحمّـل الصـبر، و يحتمـل العـدم لعـدم انتفاعه التامّ بالفسخ فله الانتفاع بالعوض. و مثله يجرى فى الشفيع إذا أخذ بها و وجد العين مشغوله بنظائر ذلك.

و لو وجد المنفعه منقوله بالنقل الجائز كالسكنى المطلقه، فله الفسخ.

هذا كلّه إذا لم يكن تصـرّف فى الثمن تصـرّفاً يمنع من ردّه و إلّا جاءت الاحتمالات المتقدّمه فى التصرّف اللازم من المغبون. و قد علمت ما هو المختار منها.

۱- المهذّب البارع ۲: ۳۷۷.

۲- بعض النسخ: غير بعيد.

و إن كـان المغبون هو المشـترى لم يسـقط خيـاره بتصـرّف البـائع فى الثمن مطلقـاً، و يجرى فيه جميع الكلاـم السـابق فى صوره العكس.

و أمّـا تصـرّفه فيمـا غبن فيه، فـإن لم يكن ناقلًـا عن الملـك على وجه لاـزم و لا مانع من الردّ، فله ردّها سواء زادها أو نقصـها أو مزجهـا أو آجرهـا و فى الناقـل و المـانع مـا تقـدّم، و مسـتند ذلـك ظـاهر الأصـحاب، فـإن تمّ إجمـاع فيها و الظاهر تماميّته و إلّا فمقتضى قاعده التصرّف السقوط.

ثمّ إنّ الشارح قد فرّق بين تصـرّف الغابن و المغبون بالنسبه إلى صوره النقص، فحكم فى الأوّل مع وجدانها ناقصه بالأخذ مجّاناً، و فى الثـانى بـدفع الأرش، من قبله كان النقص أو من قبل اللّه تعالى و كـذلك حكم بالنظر إلى الغرس. ففى الأوّل خيّر المغبون بين القلع بالأرش و الابقاء بالاجره. و فى الثانى حكم بالإبقاء من غير أرش إن لم يرض البائع بالاجره، و كذلك حكم فى المقام الأـوّل فى صوره خلطه بالأـردإ بالشـركه من دون أرش، بخلاـف الثـانى فقال فيه و فى خلطه بالأردإ الأرش، و بالأجود فإن بـذل بنسبته فقد أنصفه، و إلّا فإشكال (۱).

و كأنّ الفارق بينهما عنـده أنّه فى المقام الثانى هو الفاسـخ للعقـد و الفاعل للفعل فيكون تضـرّره قـد جاء بسـببه و قد أقدم عليه، بخلاف الأوّل. و الظاهر عدم الفرق فى الجميع بين المقامين كما تقدّم.

ثمّ إنّ هذا الخيار لا يثبت به أرش إجماعاً محصّـلًا و منقولًا عن التذكره (۲) مضافاً إلى أنّ ثبوت الأرش على خلاف القاعده كما سيأتى، فيفتقر إلى الدليل، و لا دليل عليه فى المقام.

و هل هذا الخيار على الفور أو التراخى؟ قولان، و الأصحّ الأوّل كما تقدّم فى خيار التأخير.

و لو اشترى عينين بثمنين مع وحده العقد إيجاباً و قبولًا فظهر الغبن فى

۱- الروضه ۳: ۴۶۹ و ۴۷۳.

۲- التذكره ۱: ۵۲۳ س ۱۱.

أحـدهما كان له الفسـخ فيه فى وجه دون الآخر، لتعـدّد العقد فى الحقيقه و إن اتّحد بحسب الصوره، و ليس للبائع الخيار بسـبب التبعيض، و يجوز للمشترى الفسخ فيهما معاً فى وجه آخر.

أمّا لو اتّحـد الثمن لم يكن له إلّا الفسخ فى الجميع سواء اتّحدت العين أم تعدّدت مع اتّحاد البائع و المشترى، أمّا مع تعدّدهما أو تعدّد أحدهما مع تعدّد العين و وحدتها، فكلام يأتى فى خيار العيب.

[الثامن: خيار العيب]

اشاره

قال المصنّف قدس سره:

«الثامن: خيار العيب»

لا ـ ريب فی أنّ الأصل فی جميع الكائنات من جمادات أو نباتات أو حيوانات إنّما يكون على نحو ما غلبت (۱) عليه حقيقتها من التمام فی الذات و عدم النقص فی الصفات، أجناساً أو أنواعاً أو أشخاصاً، من غير فرق بين المبيع و غيره.

[وصف الصحّه ليس داخلًا فی المبيع]

ثمّ إنّ وصف الصحّه ليس داخلًا فی المبيع و إلّا لزم مع ظهور الخلافات البطلان فی المعيّن، و مع الإطلاق يجب طلب السالم إن وجد، و إلّا بطل العقد إن حصل اليأس منه، و هو خلاف الاتّفاق نصّاً و فتوى. و لا أنّ المبيع ينصرف إلى الصحيح انصرافاً كانصراف المطلق إلى الفرد الشائع بنفسه أو بواسطه العقد، و إلّا لزم المحذور السابق فی بيع الكلّيات.

نعم فی المعيّن بناءً على ذلك قد يغلب جانب الإشاره على الوصف، خصوصاً أنّ الوصف غير مصرّح به، بل المراد بالمبيع الأعمّ من الصحيح و المعيب، و هما بالنسبه إلى صدق اللفظ متساويان، و لكن الإقدام ليس إلّا على الصحيح، للأصل المتقدّم باعتبار غلبه الصحيح، و هذه الغلبه إنّما تقضی بندره الوجود لا بندره الإطلاق، فالعاقد قد قصد مدلول اللفظ و لكنّه توهّم الصحيح توهّماً، و لا عبره بالتوهّم مع القصد إلى مدلول اللفظ فی الجمله، فتأمّل.

۱- فی المطبوع: خلقت.

[تعريف العيب]

قال المصنّف قدس سره: «و هو كلّ ما زاد على الخلقه الأصليّه، أو نقص منها عيناً كان كالإصبع، أو صفه كالحمّى و لو يوماً»

العيب فى اللغه الوصمه و العار، و الوصم العقده فى العود، و وجه المناسبه بين هذا المعنى و المعنى الّذى ذكره المصنّف ظاهره. و يظهر من جماعه من أهل اللغه: أنّ هذا المعنى العرفى للعيب من المعانى اللغويّه أيضاً كما فى القاموس و الصحاح و المصباح، حيث تركوا تفسيره إحالهً على العرف. و قالوا: عاب المتاع عيباً من باب سار فهو عائب، و عابه صاحبه فهو معيب و معيوب.

و عند المتشرّعه هو ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه، كما فى الشرائع و النافع و التحرير و الدروس (۱) و المتن. أو عن المجرى الطبيعى، كما فى القواعد و التذكره و الإرشاد و التبصره (۲).

و زاد فى القواعد و التذكره و التحرير و جامع الشرائع التقييد بنقص الماليّه (۳) و فسّروا أصل الخلقه و المجرى الطبيعى بأكثر النوع الّذى يعتبر فيه ذلك ذاتاً و صفه.

و علّل العدول عن التعبير بالخلقه الأصليّه إلى التعبير بالمجرى الطبيعى و هو ما جرت به العوائد الغالبه لاندراج الامور الّتى ليست مخلوقه أصلًا ككون الضيعه ثقيله الخراج و منزل الجنود و نحو ذلك.

و علّل التقييد بنقص الماليّه فى كلام البعض لئلّا يلزم دخول ما ليس من العيب فيه، كزياده الشعر الخارج عن العاده فى بعض أعضاء الإنسان بحيث يزيد فى حسنه كما فى الأهداب و الحواجب، أو نقصانه كذلك فى شعر العانه و نحو ذلك.

و اورد على التقييد بذلك خروج ما اجمع على كونه من العيوب مع إيجابه زياده المال كالخصيّ، و كذا عدم شعر الركب الّذى هو مورد الروايه، و المراد به

۱- الشرائع ۲: ۳۶، النافع: ۱۲۵، التحرير ۱: ۱۸۲ س ۲۱، الدروس ۳: ۲۸۱.
۲- القواعد ۲: ۷۲، التذكره ۱: ۵۲۴ س ۲۲، الإرشاد ۱: ۳۷۶، التبصره: ۹۱.
۳- القواعد ۲: ۷۲، التذكره ۱: ۵۲۴ س ۲۳، الجامع للشرائع: ۲۶۵.

منبت شعر العانه کما فی مجمع البحرین (۱).

و اجیب بأنّ المراد ما کان موجباً لنقص المال عند التجّار کما قیّده به فی التحریر و جامع الشرائع (۲) و لا ریب فی نقص قیمه المجبوب و الخصیّ عند التجّار و أصحاب الأشغال، لعجزهما عن أکثر أفعال الفحول من نسل و غیره. و إنّما یرغب إلیه بعض أفراد الناس کالحکام و السلاطین لرؤیه نسائهم و دخولهما علیهنّ، و هذا نفع ألغی الشارع منفعته، و جعل ذلک النقص و ما ترتّب علیه حراماً، مع أنّ المعتبر النقص المالی أعمّ من أن یکون سبباً فی نقص القیمه أم لا.

و ما یقال عرفاً: إنّ فی هذا المال نقصاناً بحسب ذاته و لا تنفیه زیاده القیمه من جهه اخری، فإنّ القیمه لیست جزء من المبیع و لذا یتخیّر المغبون بین الإمضاء مجّاناً و الردّ و الغاصب لا یضمن القیمه السوقیّه إلی غیر ذلک بخلاف المال، فإنّ نقصه نقص جزء من المبیع.

و التحقیق الحواله فی العیب إلی العرف، و أنّ تعاریف الأصحاب له من قبیل التعاریف اللفظیّه للکشف عن المعرّف، و من هنا اختلفت عموماً و خصوصاً و تقییداً و عدمه.

و أمّا ما ورد فی بعض الروایات فی تفسیره، فلیس لبیان المعنی الشرعی لا بطریق الحقیقه و لا المجاز کما فی قضیّه ابن أبی لیلی مع محمّد بن مسلم حیث روی له: «کلّ ما کان فی أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عیب.» (۳) بل لبیان الکشف عن المعنی العرفی أیضاً، لأنّ الموضوعات العرفیّه الخفیّه قد یکشف عنها الشرع کما یکشف عن الموضوعات الشرعیّه.

و لو لا ذلک لأشکل التمسّک بهذه الضابطه، لعدم اطّرادها فی أقسام العیوب. و دعوی: استفادته من دلاله الإیماء أو بتنقیح المناط بغیر النحو الّذی نقوله، ممنوعه.

۱- مجمع البحرین ۲: ۷۵.

۲- التحریر ۱: ۱۸۲ س ۱۹، الجامع للشرائع: ۲۶۵.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۱۰، ب ۱ من أبواب أحکام العیوب، ح ۱.

و عدم انعكاسها أيضاً، مع أنّه قد يظهر منها أنّ المراد خصوص الزياده و النقص الطارئين على أصل الخلقه و لا قائل به، فتأمّل.

و الحاصل أنّ الزياده و النقص قد تكون عيباً فى الجنس كزياده عضو فى الحيوان أو قد تكون فى خصوص النوع كزياده العوره و عدمها كالممسوح و عدم الشعر على الركب فى نوع الإنسان، و قد تكون فى خصوص الصنف كزياده اللحيه فى الرجل و نقصان شعر الرأس فى المرأه.

فالعيب يختلف أشدّ الاختلاف باعتبار الأجناس و الأنواع و الأصناف، فالعمى و العرج و العور و المرض مشترك بين أنواع الحيوان و الحول و الخوص و الثيبوبه إلّا للسودان فى وجه و نحوها من خصائص الإنسان و قلّه الأكل و الركض من خصائص الحيوان.

و قد يكون العيب كالعضو الصغير فى بدن الكبير و الكبير جدّاً فى بدن الصغير، و قد يكون له دخل بالخلقه، و قد لا يكون إلّا بتكلّف ككون العبد سارقاً أو زانياً أو آبقاً أو ممكّناً من نفسه، و نحو ذلك.

ثمّ اعتبار زياده العين عيباً على الإطلاق، لا وجه له، إذ زياده القرن أو كثره شوائخه أو زياده أليته أو غيرها ليست من المعايب. و نقصان القرن و نحوه كذلك، و زياده الصفه مستمرّه كالوشم و نحوه، و غير مستمرّه كالخضاب و نحوه كذلك، و زياده الصفه فى الصفه قد تكون عيباً، كما إذا أخرجته عن صفه الحمره إلى قرب السواد مثلًا أو بالعكس فى مقام الضرر، و قد تكون محسّنه، و كذا نقص الصفه فيها، و كذا زياده العين فيها كالبصم و النقش و نحوهما. ففى الحقيقه لا يمكن الرجوع إلّا إلى العرف، لعدم إمكان الضبط، و الاقتصار على مورد الإجماعات المنقوله على بعض الأفراد مخالف للإجماع. و حينئذٍ كلّما قضى به العرف عيباً حكمنا به، و ما شككنا فيه نرجع فيه إلى القاعده من عدم ثبوت الخيار و الأرش كما سيأتى، و الظاهر ملازمه الصدق العرفى للعيب لنقصان القيمه، و لهذا أثبت الأصحاب الأرش فى كلّ معيب.

[للمشتری الخیار مع الجهل بین الردّ و الأرش]

قال المصنّف قدس سره: «فللمشتری الخیار مع الجهل بین الردّ و الأرش»

لیس مستند ثبوت هذا الخیار دخوله تحت خیار الاشتراط باعتبار أنّ الصحّه اخذت شرطاً ضمنیّاً و ذلک لأنّ الشرط الضمنی المعتبر هو المراد من اللفظ علی جهه الشرطیّه المدلول علیه بالقرینه الحالیّه أو المقالیّه، و لیس هذا کذلک، و لا أقلّ من الشکّ، و الأصل عدم الاشتراط، مع أنّ الشرط الضمنی محلّ خلاف و هذا الخیار محلّ وفاق، علی أنّه بناءً علی ذلک یکون له الردّ فقط لا التخییر بینه و بین الأرش، و کون اشتراط الصحّه مع التصریح لا یفید إلّا مجرّد التأکید لا یقضی بذلک. و ربّما قیل: إنّ فائده اشتراط الصحّه جواز الفسخ و إن تصرّف لو ظهر عیب فیفید فائده زائده علی الإطلاق.

و لا مستنده دخوله تحت باب التبعیض فیکون الأرش علی وفق القاعده باعتبار أنّ الأصل فی نقص کلّ صفه استحقاق الأرش، و لیس المراد بذلک وصف الصحّه فقد تقدّم فساده بل صفه المبیع لأنّها کجزء من المبیع مثلًا و قد ظهر عدمه فیقسّط الثمن تقسیط تبعیض الصفقه، و ذلک فإنّ المقابل إنّما هو العین و هذه إضافه خارجه عن العوضین. نعم فی العیب المنقّص للعین قد یتأتّی فیه ذلک، و لکنّ الظاهر عدم اجتماع الخیارین العیب و التبعیض، لأنّ الأوّل مبنیّ علی حصول تمام المبیع و نقص بعض الأجزاء لا یقدح فیه ممّا لیس بإزائه شیئاً (۱) من الثمن، و الثانی علی عدمه.

و احتمال التفکیک و أنّ ثبوت أصل الخیار للشرط أو الوصف و ثبوت الأرش للدلیل، لا وجه له أیضاً.

و لا مستنده حدیث الضرر و الضرار، فإنّ حدیث الضرر بمجرّده لا یفید شیئاً بل هو من المجملات، مع أنّه هو سبب الضرر علی نفسه بإقدامه و کان علیه الفحص و التفتیش، علی أنّ الضرر یندفع بالردّ فقط.

بل هو خیار مستقلّ و مستنده الدلیل الخاصّ من الإجماع المحصّل علی

۱- کذا، و الصواب: شی ء.

الظـاهر و المنقول عن الخلاف و الغنيه و الريـاض، و ظـاهر التـذكره و الكفـايه و مجمع البرهان (۱) و أخبار الفرقه المرسله فى الخلاف (۲) و عدم العثور عليها لا ينافى ذلک.

و مـا فى الفقه الرضـوى من قـوله: إن خرج فى السـلعه عيب و علم المشـترى فالخيـار إليه إن شـاء ردّ و إن شـاء أخـذه و ردّ عليه بالقيمه أرش العيب (۳).

و قال بعض المتأخّرين: إنّ أو زياده مكان الواو (۴).

و العمـده فى الدليل الإجماع و يجعل دليل الضـرر مؤيّداً، فإنّ روايه الفقه عندنا لم يثبت كونها من الروايات حتّى تجبر بالجوابر، كما تقرّر فى محلّه.

و قد استدلّ فى التذكره على المسأله، بما رواه الجمهور من أنّ رجلًا اشترى غلاماً فى زمان رسول اللّه صلى الله عليه و آله و كان عنـده ما شاء اللّه ثمّ ردّه من عيب وجـده به، و بقول أحدهما عليهما السـلام فى مرسل جميل: فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال: إن كان قائماً ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب (۵).

و فى افادتهمـا المطلوب نظر، أمّا النبوىّ فخالٍ عن الأرش بالكلّيه، مع أنّ الظاهر منه جواز الردّ بعـد التصـرّف فى الجمله، إذ يبعد أن يكون عند العرب ما شاء الهّل و لا يسـتخدمونه بشـى ء أصـلًا مع أنّا قد نقصـره. و أمّا روايه جميل فقد دلّت على جواز الردّ ما دام باقياً و إن تصـرّف فيه إلّا أن يكون ثوباً و قد تصـرّف فيه أحد التصرّفات المذكوره فإنّه يرجع بالأرش، و ذلک لا يتمّ على ما قرّروه فى مسائل الباب.

و الحاصل أنّ روايات الباب جميعها خاليه عن ذكر الأرش بالنحو الّذى ذكره الأصحاب، و إنّما ذكر فيها الردّ فقط أو الأرش بعد التصرّف المانع من الردّ فقط أو

۱- لم نجـد فى الخلاف التصـريح بالإجمـاع فى أصـل المسـأله، نعم نقله فى بعض فروعاته، راجع ج ۳ ص ۱۰۹ المسأله ۱۷۸، الغنيه: ۲۲۱، الرياض ۸: ۲۵۸، التذكره ۱: ۵۲۴ س ۲۶ ۳۱، الكفايه: ۹۳ س ۲۸، مجمع الفائده ۸: ۴۲۴.

۲- راجع ج ۳ ص ۱۰۹ المسأله ۱۷۸.

۳- فقه الرضا: ۲۵۳.

۴- الحدائق ۱۹: ۶۴.

۵- التذكره ۱: ۵۲۴ س ۲۰.

هما، و لیس فی شی ء منهما ما یدلّ علی ثبوت الأرش قبل التصرّف لا مستقلًّا و لا مع الردّ. فلیس المستند إلّا الإجماع محصّله و منقوله، کما عرفت.

فإن قلت: یلزم علی ذلک الجمود علی مورد الإجماع من خصوص البیع و خصوص المشتری و لا تقولون به.

قلنا: أمّا بالنسبه إلی الثمن فالظاهر انعقاد الإجماع علیه کالمثمن مع تساویهما فی أغلب الأحکام، مع أنّ المناط منقّح لاتّحاد الطریق، و أمّا بالنسبه إلی العقود الاخر فلا یبعد دعوی الإجماع فی ذلک أیضاً و تنقیح المناط و لکنّه لا یخلو من إشکال.

ثمّ إنّ اعتبار الأرش فیما لو کان العیب منقّصاً للقیمه لا إشکال فیه. أمّا لو کان قیمه المعیب مساویه لقیمه السالم أو أزید کما فی المجبوب و الخصیّ فمحلّ کلام.

قال فی جامع المقاصد: و فی أخذ الأرش بهما إشکال منشؤه عدم الاطّلاع علی قدر نقص القیمه (۱).

و استشکله أیضاً فی التذکره و حواشی المصنّف باعتبار عدم تحقّق النقص فی المالیّه (۲).

و احتمل فی الدروس و المسالک سقوط الأرش و بقاء الردّ قال: و یشکل مع حصول مانع من الردّ کحدوث عیب أو تصرّف، فإنّ الصبر علی العیب ضرر و الردّ إضرار (۳).

و قال فی مجمع البرهان: ینبغی التأمّل فی الدلیل الموجب للردّ و الأرش فإن کان بحیث یشمل العیب الّذی تزید به القیمه لزم ذلک، و إلّا فما ذکر من سقوط الأرش جیّد، ثمّ تنظّر فی دلیل جواز الردّ کذلک، فإن شمله و إلّا فلا، فحینئذٍ بالحقیقه لیس بعیب (۴) انتهی.

۱- جامع المقاصد ۴: ۳۲۴.

۲- التذکره ۱: ۵۲۸ س ۲۳، و لم نعثر علیه فی الحاشیه المنسوبه إلی المصنّف.

۳- الدروس ۳: ۲۸۸، المسالک ۲: ۲۸۴.

۴- مجمع الفائده ۸: ۴۲۸.

و التحقيق أنّ الخصاء و الجبّ يوجبان نقصاً غالباً كما تقدّم، و طريق معرفه أرشه قطع النظر عن زياده القيمه فيفرض عبداً مسلوب المنفعه المترتّبه على تلك النقيصه من القابليّه للنسل و القدره على ما تقدر عليه الفحول من الأعمال الاخر فيقوّم كذلك و يقوّم صحيحاً و يؤخذ بالنسبه.

فإن قلت: يلزم الظلم على البائع، لتضرّره.

قلنا: إن كان عالماً فهو أقدم على الضرر بنفسه فلا اعتبار لضرره، و إن كان جاهلًا فقد يقال بثبوت الخيار له فلا ضرر عليه، مع أنّ زياده القيمه فى المقام قد ترتّبت على منفعه ألغاها الشارع و حرّمها و حرّم الفعل الّذى نشأت منه فلا حكم لها، على أنّ ضرر البائع معارض بضرر المشترى حيث لا يمكنه الردّ لحدوث عيب و تصرّف، و يشهد لما ذكرنا حكم الأصحاب فى باب الغصب بأنّه لو خصى الغاصب العبد كان عليه كمال قيمته و ردّه.

[فى معنى الأرش]

قال المصنّف: «و هو مثل نسبه التفاوت بين القيمتين من الثمن»

اعلم أنّ الأرش يطلق على معان:

منها: نقص القيمه لجنايه الإنسان على عبد غيره فى غير المقدّر الشرعى.

و منها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجنايه كقطع يد العبد.

و منها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعى. و الأرش و هو ما تلف بجنايه الغاصب. و المراد به فى هذا المقام اصطلاحاً منهم جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المعيب إلى قيمه الصحيح، بأن يقوّم المعيب صحيحاً و معيباً و يؤخذ من الثمن مثل تلك النسبه لا تفاوت ما بين المعيب و الصحيح، لأنّ الأرش على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقّن، و لأنّ المدار فى النقصان على ما أقدم عليه من القيمه لا على ما لم يقدم عليه، و لأنّه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه فيلزم أخذه العوض و المعوّض و قد نهى عنه النبىّ صلى الله عليه و آله بقوله: لا تجمع بين العوض و المعوّض لواحدٍ (۱).

۱- نقله فى مفتاح الكرامه ج ۴ ص ۶۳۱ س ۲۸، و لم نظفر بمأخذه بعد التتبع فى أحاديث الخاصّه و العامّه.

و قال ابن إدریس: هذا ممّا یغلط به بعض الفقهاء فیوجبون الأرش بین القیمتین (۱) و کأنّه عنی المفید فی المقنعه حیث قال: یقوّم الشی ء صحیحاً و یقوّم معیباً و یرجع علی البائع بقدر ما بین الثمنین (۲).

و نحوه ما فی النهایه و ما حکی عن والد الصدوق ۲ و هم قد تبعوا فی ذلک ظواهر النصّ، کصحیحه محمّد بن مسلم و غیرها (۳) و النصّ و کلامهم منزّل علی الغالب من شراء الشی ء بقیمته، کتخصیصهم الأرش بالمشتری، مع أنّه قد یکون للبائع کأن یفسخ بخیاره بعد تعیّبه فی ید المشتری عیباً مضموناً، فإنّ البائع حینئذٍ لا یأخذ من الثمن بل یأخذ تفاوت ما بین القیمتین و إلّا فکیف یخفی مثل ذلک علی هؤلاء المشایخ العظام.

و قد یحمل کلامهم علی نحو من الحذف و التقدیر اتّکالًا علی وضوح المراد.

ثمّ إنّ تقویمه فی الحالین لیس المدار فیه علی القیمه حال العقد، و لا علی أقلّ الأمرین من حال العقد و حال التملّک، بل المدار علی حال التملّک، و یختلف الحال فی مثل السلم و الصرف ممّا شرط الملک فیه القبض و الإجازه فی الفضولی بناءً علی النقل و ذلک فإنّ وقت استحقاق الأرش وقت الدخول فی الملک، و کلّ من قال بأنّ المدار علی وقت العقد أراد ذلک جریاً علی الغالب کالمصنّف فی الحواشی و الشارح فی المسالک و المحقّق الثانی و المقدّس الأردبیلی (۴) و غیرهم.

و قیل: إنّ المدار علی حین القبض، و المراد به غیر ما هو شرط فی الملک، و هو خیره الشیخ علی ما نقله عنه فی التحریر (۵)، لأنّه یوم دخول المبیع فی ضمانه و حین استقرار الملک إذ المبیع (۶) فی معرض الانفساخ لو حصل التلف.

و فیه: أنّه لا دخل لذلک فی اعتبار القیمه حینئذٍ.

۱- السرائر ۲: ۲۹۶.

۲- المقنعه: ۵۹۷.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۱۳ ب ۴ من أبواب أحکام العیوب.

۴- المسالک ۳: ۳۰۰، جامع المقاصد ۴: ۳۳۵، مجمع الفائده ۸: ۴۲۶.

۵- التحریر ۱: ۱۸۳ س ۷.

۶- کذا: و الظاهر البیع.

و احتمـل فی القواعـد و يلوح من الإيضاح الميل إليه اعتبار أقلّ الثمنين منهما (۱) لأـنّ القيمه إن كانت يوم الملك أقلّ فالزياده حـدثت فی ملـک المشتری، و لأـنّ يوم الملـک يوم الاسـتحقاق، و إن كان يوم القبض أقلّ فالنقص من ضـمان البائع، لأنّه وقت الاستقرار. و ضعفه ظاهر.

و اعتبار حال التقويم أو التسليم أو المطالبه أو الأعلى على اختلاف وجوهه، لا وجه له.

ثمّ إنّ الأرش حيث يثبت إن كان الثمن فی ذمّه المشتری بعُد برئ عن قدر الأرش عن طلبه، و إن كان قد سـلّمه و هو باق فی يد البائع، فالأقرب أنّه لا يتعيّن حقّ المشتری فيه، لأنّه غرامه.

و الظـاهر أنّ الأـرش غير داخـل فی المبيع و الثمن، إذ لا يعـدّ عرفاً كـذلک، فمن نـذر بيع شـی ء مثلًا لم يفِ بإعطاء الأرش و لو دخل لزمت الجهاله، لا سيّما أرش، الأرش و هكذا.

و من هنا لا يجری عليه حكم الصرف من اشتراط القبض فی المجلس.

نعم يثبت فيه الربا باعتبار أنّ الربا تعمّ على الظاهر كلّما استند إلى البيع و لو على طريق التسبيب.

[لو تعدّدت القيم]

قال المصـنّف قدس سره: «و لو تعدّدت القيم اخذت قيمه واحده متساويه النسبه إلى الجميع فمن القيمتين نصفهما و من الخمس خمسها»

التعـدّد إمّا أن يكون بالتوارد على شـخص واحـد أو على أشـخاصٍ متماثله و هو أحـدها أو خارج عنها و اكتفى بها عنه، أو كان سبب الاختلاف الاختلاف فی الحقيقه كالاختلاف فی أنّ هذا السيف خراسانیّ أو هندیّ و الفرس نجيب أو برذون و هكذا.

ثمّ الاختلاـف إمّـا أن يكون مسـتنداً إلى مـا مرَّ، أو إلى زمـان أو مكان، أو خصوص بائع أو مشتری، من جالب و غيره، و تاجر و غيره، و هكذا أو واسطه، و الظاهر ملاحظه الجميع.

۱- القواعد ۲: ۷۴ ۷۵، إيضاح الفوائد ۱: ۴۹۴.

ثمّ إنّ بـاب التقويم مرّه يكون بالإخبـار عن القيمه السوقيّه الموجوده فی الخارج و هو من باب الشـهاده، فلا بـدّ فيه من العـداله و التعدّد و لا يكتفی فيه بخبر العدل الواحد. و مرّه يكون الإخبار بطريق الحدس و الاجتهاد، و هو المراد فی المقام.

و هل هذا من باب الشـهاده كالأوّل؟ فيعتبر فيه التعديل و التعدّد و نحوها، و يلزم مثله إذن فی الوزّان و صاحب الميزان و صاحب العيار إلی غير ذلک، فيؤخذ بالعدل. ثمّ مع التعارض بالأعدل ثمّ الأكثر، و فی تقديم الأعدل أو الأكثر كلام، و فی جريان ما زاد علی ذلک من المرجّحات فی الأحكام الشرعيّه التعبّديّه كالأعرفيّه و الأضبطيّه و نحوها فی ذلک بحث.

أو أنّه ليس من بـاب الشـهاده لاسـتنادها إلی العلم دونه بـل هو من قبيـل الرجوع إلی الطـبيب فی المرض و نحو ذلـک، و أنّه مع انسداد باب العلم فی الموضوعات كالأحكام ينفتح باب الظنّ، فيكتفی فيه بالواحد المأمون مع كونه من أهل الخبره.

و الأجود الأوّل اقتصاراً فيما خالف الأصل من ثبوت الأرش و مقـداره علی المتيقّن، مع انطباق تعريف الشـهاده عليه، فيشترط فی المقوّم ما يشترط فی الشاهـد من العـداله و المعرفه و التعـدّد و الـذكوره و ارتفاع التهمه كما نصّ عليه المصـنّف فی الـدروس و المحقّق الثانی (۱).

و مع اختلاف المقوّمين تلتمس المرجّحات السابقه. و مع التعادل من كلّ وجه يقوم فيه وجوه:

أحـدها: الأخذ بالأدنی، لأنّه المتّفق عليه و ما عداه يبطل بعضه بعضاً فيتساقط، مع أنّ الأصل براءه ذمّه من اسـتحقّ عليه من الزائد، و ربمـا كـان عليـه بنـاء الأصـحاب فی النـذر و العهـد و الغرامـه فی الغصـب و اختلاـف المقـوّمين فی الجرح، و غير ذلـک من المقامات.

و فيه: أنّ الأقلّ اخذ فيه بشرط لا و البواقی بشرط شی ء فلم يحصل الاتّفاق،

۱- الدروس ۳: ۲۸۸، جامع المقاصد ۴: ۳۳۶.

بل جميع القيم الباقيه تنفى الأقلّ، فلا يصلح لمعارضتها فضلًا عن أن يتقدّم عليها.

ثانيها: الأخذ بالأكثر، نظراً إلى أصاله بقاء شغل الذمّه بالأرش حتّى يحصل اليقين، و فى إعطاء الأكثر حصول ذلک.

و فيه: أنّه من التكليف المجمل لا التكليف بالمجمل، و الأصل براءه الذمّه ممّا زاد على الأقلّ لأنّه المتيقّن، مع أنّ هذا من جانب من استحقّ عليه، و أمّا من استحقّه فالأصل عدم استحقاقه الزائد و المتيقّن فى حقّه هو الأقلّ.

ثالثها: الأخذ بالأوسط حيث يكون أوسط، لأنّه ليس بعيداً عن أحدهما فكأنّه عمل بكلّ منهما فى الجمله، بخلاف كلّ من الطرفين، حيث إنّه بعيد عن صاحبه.

و فيه: أنّها جهه استحسانيّه لا تصلح لإثبات الحكم الشرعى، مع أنّ كلّاً من الطرفين ينفى ذلک.

و رابعها: التخيير لآخذ الأرش أو دافعه، كما فى الدليلين المتعارضين.

و فيه على أنّ التخيير حكم شرعى مفتقر إلى الدليل، و قد دلّ عليه الدليل هناک دون ما نحن فيه لزوم معارضه حقّ الغير بالنسبه إلى ما نحن فيه فى الأوّل، بخلاف الدليلين.

خامسها: القرعه، فإنّها لكلّ أمر مشكل.

و فيه: أنّها إنّما تجرى فى المعلوم واقعاً المشتبه ظاهراً، و هاهنا الاشتباه فى المقامين، لاحتمال أن تكون القيمه الواقعيّه غير الجميع، و أيضاً قد لا تستقرّ للشى ء قيمه فى نفس الأمر، فتكون قيم المقوّمين هى القيمه الواقعيّه، مع أنّ موردها عدم الطريق، و سيأتى الطريق الرافع للإشكال.

و سادسها: الصلح مع الإجبار و هو منوط بنظر الحاكم.

و فيه: أنّ ذلک له مقامات خاصّه و ليس هذا المقام منها مع أنّ مورده أيضاً تعذّر طريق التخلّص إلّا به، و سيأتى طريق التخلّص.

سابعها: سقوط الأرش و التخيير بين الردّ و الرضا بالمعيب. و هو أضعف

الاحتمالات، لمنافاته لاستصحاب بقائه بل الإجماع على خلافه، و تعدّد القيم يؤكّد بقاءه لا تنفيه.

ثامنها: التوزيع على النسبه و هو الّذى ذكره المصنّف و غيره.

و فيه: أنّه خرق لإجماع المقوّمين، و طرح للتقويمات بأسرها و أخذ بغير الحجّه.

و الجواب إمّا بادّعاء أنّ القيمه المنتزعه من مجموع القيم هى قيمه الشى ء بحسب العرف و العاده فيقال عرفاً: إنّ هذا الشى ء له قيمه و أنّ هذه قيمته أو حكم تعبّدى للإجماع فإنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على ذلك، أو باعتبار الروايه الدالّه على ذلك الّتى ذكرها الأصحاب فى كتاب الحجّ فى باب الهدى و أفتوا بها، أو باعتبار أنّه لمّا لم يكن لأحد القيم ترجيح كما علمت من فساد رجحان الأقلّ و الأكثر و الأوسط و طرح الجميع لا وجه له فليس إلّا الأخذ بالنسبه و الأخذ بالنسبه أخذ بالجميع، كاليد لشخصين على مال فإنّه يحكم بينهما بالمناصفه و هكذا.

و الظاهر أنّ هذه القيمه المنتزعه ليست خاصّه بباب العيب بل عامّه لكلّ مقام تختلف فيه القيم.

نعم لو قلنا: إنّ المستند الإجماع فقط أمكن التخصيص.

ثمّ إنّ هذه الوجوه بتمامها عدا الأخير تجرى بالنسبه إلى المسأله السابقه فيما إذا تعارضت البيّنات بالنظر إلى القيمه السوقيّه الموجوده فى الخارج و أمّا الوجه الأخير فتمشيته بالنسبه إلى ذلك و الحكم به فى غايه الإشكال، و الأصحاب لا يظهر منهم ذلك أيضاً لأنّ كلامهم فى المسأله الثانيه، و لعلّ الأقوى بالنسبه إلى ذلك، الأخذ بالأقلّ، وقوفاً عند الأصل.

ثمّ إنّه لا فرق فى هذه القيمه المنتزعه بين اختلاف المقوّمين فى القيمه الصحيحه و المعيبه معاً أو فى إحداهما، و لكن لا بدّ فى الثانى إمّا من تضعيف المتّحده، أو تنصيف المتعدّده إن كانت اثنتين و نسبه النصف إلى المتحده، و تثليثها إن كانت ثلاث و نسبه الثلث، و هكذا.

و لا فرق فی الأوّل بین أن تجمع القیم الصحیحه علی حده و المعیبه کذلک و تنسب إحداهما إلی الاخری و تأخذ بتلک النسبه أو تجمع القیم الصحیحه جمله و تأخذ نصفها و ثلثها و هکذا و تجمع المعیبه کذلک و تأخذ منها کذلک ثمّ تنسب إحدی القیمتین المنتزعتین إلی الاخری و تأخذ من الثمن بتلک النسبه، فإنّ مآلهما واحد، لأنّ النسبه بین المجموعین هی النسبه بین أجزائهما مع اتّحاد الأجزاء بالاسم کالنصف مثلًا، إذ النسبه بین العشرین و الخمسه عشر کالنسبه بین العشره و السبعه و النصف، و النسبه بین الستّه و الثمانیه مثلًا کالنسبه بین نصفیهما.

و عباره المصنّف کما تحتمل هذا الأخیر تحتمل ما نسب إلیه، و اختاره صاحب إیضاح النافع: من نسبه معیب کلّ قیمه إلی صحیحها و تجمع قدر النسبه و تؤخذ من المجتمع بنسبه القیم، کنصفه لو کانتا اثنتین، و ثلثه لو کانتا ثلاثه و هکذا، و فی الأکثر یتّحد الطریقان، و قد یختلفان فی یسیر کما نبّه علیه الشارح (۱).

و الطریق الأوّل هو المناسب للنصّ الدالّ علی الأرش دون الثانی، مع أنّه فی مقام یتحقّق به الزیاده مخالف لأصل براءه الذمّه المأخوذ منه الأرش، و أیضاً الأوّل أوفق بالقیمه المنتزعه باعتبار ظهور استواء النسبه فیه دون الثانی، مع أنّه یرد علی الثانی: أنّ الجزء المأخوذ من عدد آخر لیس هو ذلک الجزء المأخوذ من هذا العدد، بل شی ء آخر.

ففی مثال القیمتین إذا قالت إحدی البینتین: إنّ قیمته اثنا عشر صحیحاً و عشره معیباً، و قالت الاخری: ثمانیه صحیحاً و خمسه معیباً و کان ثمنه اثنی عشر موافقاً للقیمه الاولی، یکون التفاوت بین المعیب و الصحیح السدس، و هو اثنان فی الاولی و فی الثانیه ثلاثه أثمان الثمانیه، و هو (۲) ثلاثه، و ثلاثه أثمان الثمانیه لیست ثلاثه أثمان الثمن، و هو اثنا عشر، بل یکون ربعه، و هو منشأ الاختلاف.

۱- راجع الروضه ۳: ۴۸۰، ۴۹۵.

۲- العباره من هنا إلی آخر الفقره مبهمه، و الأولی فی العباره ما أفاده الشارح قدس سره فی الروضه، و إلیک نصّه: و علی الثانی یؤخذ تفاوت ما بین القیمتین علی قول الاولی و هو السدس و علی قول الثانیه ثالثه أثمان و مجموع ذلک من الاثنی عشر ستّه و نصف یؤخذ نصفها ثلاثه و ربع، فظهر التفاوت. راجع الروضه ۳: ۴۸۶.

و فيه: أنّ تشخّص الجزء المأخوذ لا يؤخذ من الثمن فى المقامين، و الكلّى لا يختلف الحال فيه فى المقامين.

[يسقط الردّ بالتصرّف أو حدوث عيب بعد القبض]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «و يسقط الردّ بالتصرّف أو حدوث عيب بعد القبض و يبقى الأرش»

[الصور المتصوّره فى المقام أربعه]

اشاره

لا ريب أنّ الصور المتصوّره فى المقام أربعه:

ثبوت الردّ و الأرش، و سقوط الردّ دون الأرش و بالعكس و سقوطهما.

[أمّا الصوره الاولى: ثبوت الردّ و الأرش]

أمّا الصوره الاولى: فظاهره و قد تقدّم الكلام فيها.

[الصوره الثانيه: يسقط الردّ دون الأرش بامور]

اشاره

و أمّا الصوره الثانيه: فهى محلّ البحث، فنقول:

يسقط الردّ دون الأرش بامور:

[الأوّل التصرّف]

الأوّل التصـرّف، فيسـقط الردّ به، سواء وقع قبل العلم بالعيب أو بعده، و سواء جعلنا القاعده السـقوط بالتصرّف أو لا، و سواء قلنا: إنّ السـقوط به لكونه أماره الرضا فيختصّ بالعالم أو لا، للدليل الخاصّ فى المقام القاضى بالعموم من الإجماع المنقول عن الغنيه و المختلف و التذكره و شـرح الإرشاد لفخر الإسلام (۱) و للصحاح المستفيضه (۲) و مـا ورد فى بعض الروايات من إطلاق الردّ بالعيب مقيّد بذلك.

و ما فی الکفایه من أنّ الأخبار مختصّه بالجاریه (۳) فی غیر محلّه، فإنّ مرسل جمیل و خبر زراره (۴) صریحان فی الإطلاق، و الأخبار المزبوره کما أسقطت الردّ بالتصرّف مطلقاً أثبتت الأرش کذلک، و نقل علیه الإجماع فی الغنیه و شرح الإرشاد (۵) و أیضاً (۶) الشهره محصّله فضلًا عن أن تکون منقوله عن العلّامه فی المختلف و المحقّق الثانی (۷) و غیرهما.

۱- الغنیه: ۲۲۲، المختلف ۵: ۱۸۳، التذکره ۱: ۵۲۵ س ۴۲، حاشیه الإرشاد (مخطوط): الورقه ۵۱.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۶۲، الباب ۱۶ من أبواب الخیار.

۳- الکفایه: ۹۳ س ۳۲.

۴- الوسائل ۱۲: ۳۶۲- ۳۶۳، ب ۱۶ من أبواب الخیار، ح ۲ و ۳.

۵- الغنیه: ۲۲۲، حاشیه الإرشاد (مخطوط): الورقه ۵۱.

۶- الکلمه فی الأصل اختصاریّه و لعلّها: الإیضاح.

۷- المختلف ۵: ۱۸۳، جامع المقاصد ۴: ۳۳۲.

و فی المبسوط: إنّ التصرّف قبل العلم لا یسقط به الخیار (۱) و فی المقنعه و النهایه: إنّ الهبه و التـدبیر لا یمنعان من الردّ، لأنّ له الرجوع فیهما بخلاف العتق (۲) و المراد بذلک علی الظاهر صوره عدم العلم.

و لعلّ مستند الشیخین أنّ السقوط بالتصرّف إنّما هو لکونه أماره الرضا، و لا دلاله فیه مع الجهل، مضافاً إلی الأصل، و خبر زراره فی الباب حیث جعل فیه العلم قبل الحدث شرطاً لمضیّ البیع علیه.

و تردّه الإجماعـات المنقوله، و إطلاـق الروایات، و الظاهر من خبر زراره أنّ المراد: أنّه لو أحـدث فیه شـیئاً ثمّ علم به لم یکن له الخیار، لا أنّ الحدث إذا کان بعد العلم ینفی الخیار، فیستدلّ بمفهومه علی أنّ الحدث قبله لا ینفیه.

و عن ابن حمزه فی الوسیله: إنّ التصرّف مانع من الأرش أیضاً إذا کان بعد العلم بالعیب (۳) تمسّکاً بدلالته علی الرضا بالعیب. و الأصل و إطلاق الإجماعات و الروایات (۴) حجّه علیه.

ثمّ إنّ إطلاـق النصوص و الفتـاوی و معقـد الإجماعات یشـمل سائر التصـرّفات من ناقل و غیره، مغیّر للعین أو غیر مغیّر، عاد إلیه بعد خروجه عن ملکه أو لا، مع العمد و عدمه، مع الجهل بالحکم و عدمه، مع الاختیار أو الإجبار، إلی غیر ذلک من الصور الّتی مرَّ ذکرها فی باب التصرّف من خیار الحیوان، و لا یتمشّی هذا الحکم إلی الانتفاع إذا لم یصدق علیه اسم التصرّف علی إشکال.

و لا یستثنی من سقوط الردّ بالتصرّف فی المقام إلّا أمران:

أحـدهما: المصـرّاه حیث تکون التصـریه عیباً کمـا إذا کان نقص اللبن متجاوز الحـدّ بحیث یکون مخالفاً للعاده العامّه، و إلّا فهو مستثنی من سقوط خیار الوصف بالتصرّف فی بعض الصور، و سیجی ء البحث فیها.

۱- لم نظفر به صریحاً فلعلّه استفاده من مطاوی کلماته، راجع المبسوط ۲: ۱۳۸ ۱۳۹.

۲- المقنعه: ۵۹۷ ۵۹۸، النهایه ۲: ۱۵۹.

۳- الوسیله: ۲۵۷.

۴- راجع الوسائل ۱۲: ۳۶۲، ب ۱۶ من أبواب الخیار.

و الثانی: ما إذا اشتری أمه و وطئها ثمّ ظهر أنّها كانت حاملًا، فإنّه له الردّ. و من المعلوم أنّ الوطء تصرّف، و الحمل عیب، لأنّه زیاده معرضه للتلف و مانعه من بعض الانتفاعات فی الجمله.

نعم بناءً علی ما یظهر من الشیخ فی النهایه (۱) و صرّح به ابن الجنید و العلّامه فی المختلف (۲) حیث اعتبروا كون الحمل من البائع، تكون المسأله علی وفق القاعده، فإنّها حینئذٍ تكون امّ ولد و یكون البیع باطلًا من أصله، و لكنّه مخالف لإطلاق فتوی الأكثر و إطلاق الإجماعات المنقوله و النصوص الصریحه فی ذلک (۳).

[الثانی: حدوث العیب]

الثانی: حدوث العیب، و هو لا یخلو إمّا أن یكون بین العقد و القبض أو بعد القبض.

و الأوّل لا- یسقط به الردّ بالعیب السابق علی العقد قولًا واحداً إلّا أن یكون مضموناً علی المشتری، بل هو سبب ثانٍ للردّ كما یقضی به إطلاق الإجماعات المنقوله علی أنّ للمشتری الردّ بالعیب الحادث قبل القبض.

نعم خلاف فی استحقاق الأرش به و عدمه. و لعلّ الأقوی العدم، لما عرفت سابقاً من أنّ الأرش علی خلاف الأصل فیقتصر فیه علی المتیقّن، و هو العیب السابق للعقد.

و دعوی: تنقیح المناط بینهما للاشتراک فی المضمونیّه، لا وجه له، لفقد المنقّح، و العلّه لیست منصوصه فلا اعتبار بها، و دلیل الانفساخ بتلف المبیع قبل القبض لا یسری إلی الصفات، لعدم دخولها فیه، و الضرر العامّ مندفع بالخیار، و الخاصّ لا اعتبار به. فلا یتوجّه ما قیل: من أنّ إلزامه بأحد هذین إمّا الفسخ أو الالتزام بجمیع الثمن فیه ضرر، إذ الحاجه قد مسّت إلی المعاوضه و إلّا لم توجد. هذا، مع أنّ الشیخ فی الخلاف قد نفی فیه الخلاف (۴).

و أمّا الثانی، و هو الواقع بعد القبض، فظاهر الأصحاب الإجماع علی سقوط

۱- النهایه ۲: ۱۵۷.

۲- المختلف ۵: ۱۷۸ ۱۷۹.

۳- راجع الوسائل ۱۲: ۴۱۵، ب ۵ من أبواب أحكام العیوب.

۴- الخلاف ۳: ۱۰۹ المسأله ۱۷۸.

الردّ به للعيب السابق و بقاء الأرش، عدا ما يظهر من المقنعه حيث قال: فإن لم يعلم بالعيب حتّى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدّم دون الحادث إن اختار ذلك، و إن اختار الردّ كان له ذلك ما لم يحدث فيه حدثاً، انتهى (۱).

و قد نقل الإجماع على ذلك فى الغنيه و السرائر و شرح الإرشاد للفخر (۲).

و فى المبسوط نقل الإجماع على سقوط الردّ به و نفى الخلاف عن أنّه له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيباً (۳).

و فى الخلاف الإجماع و الأخبار على أنّه ليس له ردّه إلّا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصاً فيكون له ردّه، و أنّه يكون له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيباً (۴) انتهى.

و ظاهره أنّه لو قبل البائع الردّ لم يكن للمشترى الأرش بالعيب الأوّل، كما نقله عنه فى التحرير و الدروس (۵).

و لا ريب أنّ الأرش قد ثبت فيستصحب بقاؤه و رضى البائع بردّه مجبوراً بالأرش أو غير مجبور أقصى ما فيه أنّه يسوغ له الردّ، و بدونه لا يجبر البائع على الردّ و أخذ الأرش للعيب الحادث، و لا يتخيّر المشترى بينه و بين المطالبه بالأرش السابق، و إلّا فلا يمنع من وجود الأرش.

ثمّ إنّ العيب الواقع بعد القبض قد يكون من البائع أو المشترى أو أجنبىّ أو السماء أو المركّب من الاثنين أو الثلاث و على كلّ حال فالضمان إمّا على البائع أو المشترى.

و الضابط: أنّ العيب إن حدث فى يد المضمون عليه فلا ردّ له على البرى ء، بل يتعيّن الأرش، و إن كان الضمان على غيره تخيّر بين الردّ و الأرش، و فى أرش

۱- المقنعه: ۵۹۷.

۲- الغنيه: ۲۲۲، السرائر ۲: ۲۹۸، حاشيه الإرشاد (مخطوط): الورقه ۵۱.

۳- المبسوط ۲: ۱۳۲.

۴- الخلاف ۳: ۱۱۴ مسأله ۱۹۲.

۵- التحرير ۱: ۱۸۴ س ۶، الدروس ۳: ۲۸۴.

العیب الثانی الوجهان، لأنّه بمنزله الحادث قبل العقد أو قبل القبض، لأنّ القبض الّذی لا یستعقب ضماناً کلا قبض، و فیما إذا تعیّب البعض یبطل ردّ الجمیع، لإیجابه التبعیض علی البائع، و هو عیب لا یجب علیه ارتکابه.

و إذا کان العارض تبعیض صفقه فکذلک، کأن یشتری شیئین فیتلف أحدهما ثمّ یظهر فیهما أو فی أحدهما عیب سابق علی العقد، فإنّه یتعیّن علیه الأرش، لأنّ ضرر البائع بالتبعیض لا مقابل له و ضرره مجبور بالأرش.

و ما یقال: أنّ مقتضی ما تقدّم فی خیار الغبن من أنّ الأقوی أنّه یفسخ صاحب الخیار العقد و یدفع المثل أو القیمه مع التلف للکلّ و البعض، و مع العیب کذلک أیضاً إمّا مع دفع الأرش أو لا معه علی الوجهین، فلِمَ لا تقولون به فی هذا المقام.

قلنا: الفرق بین هذا المقام و غیره أنّ الشارع جعل طریقاً آخر لرفع الضرر عن المشتری فی هذا المقام، و هو أخذ الأرش دون غیره من المقامات، فإنّ نقص القیمه فی الغبن لا أرش له، فلو لم یشرع له الردّ لقبله مجّاناً و هو عین الضرر، و ضرر البائع هناک ینجبر بالمثل أو القیمه.

مع أنّ الدلیل دالّ فی المقام بخصوصه علی منع العیب من الردّ، و التلف أقوی من العیب، فیدلّ علیه بالطریق الأولی.

و من هنا نقول بالنظر إلی الخیار بفوات الوصف إذا لم یکن عیباً بجواز الردّ و إن تجدّد العیب عند المشتری.

نعم بالنظر إلی ما إذا کان الطارئ فوات وصف لا یتحقّق معه اسم العیب و کان السابق عیباً یقوم الإشکال، باعتبار اندفاع ضرر العیب بالأرش و لزوم الضرر علی البائع بالردّ، و باعتبار أنّ منع الردّ بالعیب الحادث علی خلاف القاعده فیقتصر فیه علی المتیقّن من العیب و ما کان أقوی منه و هو التلف، و ضرر البائع ینجبر بالمثل أو القیمه مع احتمال الاقتصار فی ذلک علی خصوص العیب بالدلیل، و لعلّ هذا هو الأقوی.

و مثل تبعیض الصفقه تعدّد المشتری فإنّه لیس لهما الاختلاف فیطلب أحدهما

الأرش و الآخر الردّ بل يتّفقان، كما هو المشـهور بين الأصحاب شهره محصّله و منقوله عن المختلف و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح (۱) للأصـل، و أنّ المثبت لهـذا الخيار من الإجماع و النصّ مختصّ بحكم التبادر و وقوع الخلاف بغير محلّ الفرض، لمكان الضرر بتبعيض الصفقه.

و قال بالتفريق الشيخ أبو عليّ و الشـيخ فى شـركه المبسوط و الخلاف و القاضى و الحلّى و صاحب البشرى على ما حكى عنهم (۲) مستـندين إلى عموم الـدليل و جريانه مجرى عقـدين، فيكون الحال كما لو تعدّد العقد، و يثبت الخيار حينئذ فى الباقى للبائع مع جهله بالتعدّد لتبعيض الصفقه عليه.

و قيل بالتفصـيل فيما إذا كان البائع عالماً بالتعدّد فالثانى أو جاهلًا فالأوّل (۳) باعتبار أنّ ضـرر التبعيض جاء من قبله حيث باع من اثنين إن كان عالماً، و مع الجهل فالجهل عذر.

و أنت خبير بأنّ هذا الكلام كلّه بناءً منهم على أنّ جواز فسخ بعض العقد و إبقاء بعضه بمعنى تجزّى أثره على وفق القاعده.

و إنّما منشأ الخلاف قضـيّه الضـرر بالتبعيض و نحن نقول: إن اسـتفيد من كلامهم فى هـذه المقامات و فى باب الإقاله و فى باب شرط الخيـار فى البعض الإجمـاع على ذلـك فبهـا، و إلّـا منعنـاه باعتبـار أنّ العقـد بسـيط لاـ يقبـل التجزئـه، و الأسـباب الشـرعيّه كالأسباب العقليّه إلّا فيما قام عليه الدليل، و حينئذٍ فلا يفترق الحال فى المنع بين تعدّد البائع أو المشترى أو الثمن و وحدتها.

نعم بالنظر إلى تعدّد الإيجاب و إن اتّحد القبول لا يبعد كونه من المتعدّد، و كذلك صوره العكس على إشكال.

و أمّا بناءً على ما يقولون: من أنّ العقد بمنزله عقود و أنّ سبب المنع فى المقام

۱- المختلف ۵: ۱۸۶، المسالک ۳: ۲۸۶، المفاتيح ۳: ۷۱.

۲- راجع المختلف ۵: ۱۸۶ ۱۸۷، و حكاه عن صاحب البُشرى الفاضل الآبى فى كشف الرموز ۱: ۴۷۷.

۳- التحرير ۱: ۲۷۴ س ۱۱، جامع المقاصد ۴: ۳۳۴.

لزوم الضـرر بالتبعيض فينبغى بالنظر إلى تعدّد البائع عدم التأمّل فيه، فإنّه لا تشقيص على المردود عليه ما خرج عن ملكه، كما أنّه لو كان المشترى ابتداءً واحداً و ورث المتعدّد عنه خيار العيب لا إشكال فى وجوب التوافق، كما فى القواعد (۱).

و أمّا بالنظر إلى تعدّد الثمن فلا يبعد جواز التفريق لتعدّد الصفقه سواء تعدّدت العين أو اتّحدت.

ثمّ شرط عدم السقوط بحدوث المسقط فإن كان كالإسقاط و التبرّى فالظاهر بطلانه، و فى تبعيّه العقد كلام يأتى فى محلّه. و أمّا مثل التصرّف و حدوث العيب فوجهان: جوازه، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و عدمه، لدخوله فيما خالف السنّه.

[الثالث: سقوطه بإسقاطه]

الثالث (۲) سقوطه بإسقاطه مع اختياره الأرش أو لا معه، لأنّ جواز الردّ حقّ من الحقوق فيسقط بالإسقاط، إذ لا ملازمه بينهما.

و يسـقط أيضاً باشتراط سـقوطه مجرّداً عن الأرش و بالصلح عليه، للعموم كذلك. نعم لو أسقط الخيار المطلق أو اشترط سقوطه سقطـا معاً، لعـدم بقـاء اللازم بـدون الملزوم، و يجى ء الكلام السابق فى خيار الغبن هنا فيما لو أسـقطه قبل العلم بالعيب من أنّه إسـقاط قبـل الثبوت، لأنّ خيـار العيب لا يثبت إلّا بعـد العلم به، أو أنّه يثبت مطلقاً بنفس العقـد و ربّما ظهر من بعض الروايات الاول، إلّا أنّ ظاهر الأصـحاب الثانى و السـقوط كالإبراء لا يشترط فيه العلم بتحقّق الشـى ء الّذى يراد سقوطه، و يكفى ثبوته فى متن الواقع، فإذا صادفه الإسقاط سقط.

الرابع: إذا اشترى من ينعتق عليه، فإنّه يسقط الردّ فيه و يبقى الأرش، لانعتاقه بنفس الملك. و يمكن ردّه إلى التصرّف.

و هل مع الجهل بذلك يعدّ مثله عيباً فيستحقّ عليه الأرش بالعيب الثانى أيضاً أو لا؟ وجهان، حكم بالأوّل فى الدروس (۳).

۱- القواعد ۲: ۷۴.

۲- من الامور المسقطه دون الأرش.

۳- الدروس ۳: ۲۸۶.

و استشكله المحقّق الثانى فيما إذا كان قد دلّسه عليه (۱).

و جزم بالثانى العلّامه فى القواعد (۲) و هو الأقوى لعدم عدّ مثل ذلک عيباً.

[الصوره الثالثه: سقوط الأرش دون الردّ]

الصوره الثالثه (۳) سقوط الأرش دون الردّ، و قد فرضها جماعه من الأصحاب فى مثل الخصىّ و المجبوب، و قد تقدّم لک أنّ الحقّ ثبوت الأرش فيهما، فليست ممّا نحن فيه.

نعم قد تفرض فيما لو كان المبيع حليّاً من أحد النقدين بمساويه جنساً و قدراً فوجد المشترى به عيباً قديماً، فإنّه يتعيّن فيه الردّ، للزوم الربا بالأرش.

و لهم كلام فيما لو تجدّد عنده فيه عيب آخر، فإنّه ليس له الأرش، لاستلزامه زياده المبيع على الثمن، فيلزم الربا. و الردّ مجّاناً و مع الأرش منافٍ لما دلّ على منع الردّ بالعيب الحادث، مع حصول الإضرار بالبائع فى الصوره الاولى، و لا يجب الصبر على العيب مجّاناً، للنصّ و الإجماع على أنّ العيب القديم فى المبيع مضمون للمشترى على البائع، فكيف يسقط هنا، فليس إلّا الفسخ و إلزام المشترى بقيمته من غير الجنس معيباً بالقديم سليماً عن الجديد، و لا يمكن الجمع بين حقّ كلّ من البائع و المشترى إلّا بذلک.

و أفتى بذلک فى القواعد (۴) و قوّاه الشهيد فى حواشيها و المحقّق الثانى (۵) و لكن قال فى الدروس: أنّ فيه تقدير الموجود معدوماً، و هو خلاف الأصل (۶).

و احتمل فى القواعد ردّ العين مع الأرش مع رضا البائع إذا فسخ المشترى و لا ربا (۷) فإنّ الربا الممنوع منه فى المعاوضات لا فى الضمانات و ما هذا إلّا كالمأخوذ بالسوم إذا تجدّد العيب بيد المستام و كانت العين ربويّه، و هذا الاحتمال لا ينافى الأوّل، لأنّ الأوّل مبنىّ على الاستحقاق، و هذا على التراضى، و لا كلام فيه بأىّ نحو وقع.

۱- جامع المقاصد ۴: ۳۴۶.

۲- القواعد ۲: ۷۶.

۳- تقدّم ذكر الصوره الاولى و الثانيه فى ص ۱۶۲.

۴- القواعد ۲: ۷۹.

۵- جامع المقاصد ۴: ۳۶۴.

۶- الدروس ۳: ۲۸۸.

۷- القواعد ۲: ۷۹.

و هنـاک احتمـال ثالث نقله فی الجامع عن بعض أصـحابنا (۱) و هو أنه یرجع المشتری بـأرش العیب القـدیم کمـا فی غیر هـذه الصوره، و المماثله فی باب الربا إنّما یشترط فی ابتـداء العقـد و قـد حصـلت، و الأرش حقّ یثبت بعـد ذلک، فلا یقدح فی العقد السابق.

و فیه مـا تقـدّم فی بـاب الربا من أنّه یعمّ کلّ ما اسـتند إلی العقـد و لو بالتسبیب. و إن الأخـذ بالأرش إنّما کان لفوات مقابله من المبیع، فهو راجع إلی العقد السابق.

و من جمله مسقطات الأرش دون الردّ اشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد ذلک أو الصلح علیه، کما تقدّم بالنسبه إلی الردّ، فتذکّر.

[الصوره الرابعه سقوطهما معاً و هی أمور]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «و یسقطان بالعلم به قبل العقد»

هذه الصوره الرابعه و هی سقوطهما معاً أی الردّ و الأرش و یسقطان بامور:

[الأوّل: العلم بالعیب]

الأوّل: العلم بالعیب، و سقوطهما به هو المشهور بین الأصحاب، بل لا یعلم فیه خلافاً.

و فی الریـاض نفی الخلاف عنه (۲)، و یـدلّ علیه بعد الأصل خبر زراره (۳) الّذی سـمعته آنفاً فإنّه دالّ بمفهومه، و المثبت لهذا الخیار من النصّ و الإجماع مختصّ بغیر محلّ الفرض.

و الظاهر أنّ السقوط به لا لأنّه علامه الرضا کما قیل و إلّا کان خاصّاً، بل للأدلّه.

و فی إلحـاق الظنّ أو الشـکّ أو الوهم القویّ أو بشـرط الاستصـحاب أو علم الوکیـل مطلقـاً أو المطلق لاـ المقیّـد بنفس الصـیغه إشکال. و الظاهر عدم الإلحاق للإقدام علی أصل السلامه من العیب، فلا عبره بالظنّ فضلًا عن الشکّ فضلًا عن الوهم، کما أنّه لو علم بالعیب ثمّ ظنّ زواله فضلًا عن أن یشکّ فیه فضلًا عن أن یتوهّمه یحکم بسقوط خیاره، للاستصحاب.

۱- الجامع للشرائع: ۲۶۸. لکن نسبه إلی العامّه فی جامع المقاصد ۴: ۳۶۵.

۲- الریاض ۸: ۲۶۰.

۳- الوسائل ۱۲: ۳۶۲، ب ۱۶ من أبواب الخیار، ح ۲.

نعم بالنسبه إلی علم الوکیل المطلق الظاهر السقوط فإنّ علمه علم الموکّل، و علم المالک مع الحضور و جهل الوکیل المطلق قد یقال فیه بالسقوط أیضاً.

ثمّ مع العلم بالعیب قد یشتبه فیظهر غیره مماثل أو غیره أو هو و لکن بزیاده فیه، و سقوط الخیار فی غیر المماثل لا وجه له و أمّا فیه إذا کان مساویاً من کلّ وجه لا یؤثّر فی زیاده القیمه و نقصانها و لا تتفاوت به الرغبه، و مثله المتّحد مع الزیاده فالأقوی ذلک أیضاً و إن کان فیه ما فیه. و لو زعم زواله قبل العقد بعلم فله الخیار دون الظنّ أو الشکّ أو الوهم القویّ کما عرفت.

و الظاهر أنّ العلم قبل العقد مع نسیانه حینه لا ـ عبره به، و المتبادر من کلام الأصحاب فی قولهم: «و یسقط بالعلم قبل العقد» القبلیّه مع المقارنه.

و الکلام فی العلم بالنسبه إلی حصوله فی أثناء العقد أو بعد تمام العقد قبل شرط الصحّه فی شرط صرف و نحوه، کالکلام فی الغبن.

و قد تبنی المسأله بالنظر إلی کثیر من هذه الفروع علی أنّ السقوط بالعلم لکونه أماره الرضا أو تعبّدیاً و علی الثانی فهل فی خیار العیب عموم أو إطلاق یشمل مثل هذه الصور و لا نخرج عنه إلّا بالمتیقّن، أو أنّه علی خلاف القاعده و عمده مستنده الإجماع فیقتصر فیه علی المتیقن، و خیر الوجوه أوسطها.

[الثانی الرضا بالعیب]

قال المصنّف قدس سره: «و بالرضا به بعده»

هذا المسقط هو الثانی من المسقطات لکلّ من الأمرین، و هو الرضا بالعیب بعد العقد.

و المراد به إسقاط الخیار بعده لأنّه یتأدّی بکلّ لفظ کما عرفت سابقاً. و من جمله ذلک قوله: «رضیت بالعیب» غیر مقیّد بالأرش.

نعم قوله: «أسقطت الخیار» أدلّ علیه، و لهذا جعله الشارح أولی منه (۱) و لیس هو شیئاً غیر الإسقاط، کما یظهر من الریاض (۲) إلّا أن یرید ذلک.

۱- الروضه ۳: ۴۹۸.

۲- الریاض ۸: ۲۶۰.

نعم ظاهر المصنّف أنّ الرضا وحده کافٍ فی السقوط و إن لم یقترن بلفظ یدلّ علیه و هذا بناءً علی الفوریّه فی هذا الخیار یمکن أن یکون له وجه، و لکنّه فی الحقیقه حینئذٍ لیس المسقط الرضا، و إنّما هو التأخیر للفسخ أو الإمضاء مع العلم.

و أمّا علی القول بالتراخی فلا وجه له بالمرّه، لما تقدّم سابقاً من أنّ الرضا وحده لا تأثیر له و إن دلّت علیه بعض الروایات (۱).

و لعلّ المصنّف یرید بالرضا ما یدلّ علیه، لکنّه لمّا لم یکن له لفظ یدلّ علیه بخصوصه و کان حصول العلم به من غیر لفظ یدلّ علیه نادر الوقوع، أطلق السقوط به اتّکالًا علی ظهور ذلک. و علیه ینزّل نفی الخلاف الّذی فی الغنیه و الریاض عن سقوط خیار العیب بالرضا به (۲).

و علی کلّ حال فهذا الخیار حقّ من الحقوق یسقط بالإسقاط کسائر الحقوق، و علیه ظاهر الإجماعین السابقین، و لا تأمّل فی ذلک بالنسبه إلی العیب المتقدّم. و أمّا فی العیوب المتأخّره ممّا تحدث قبل القبض أو فی زمان خیار المشتری فإشکال، لأنّه إسقاط قبل الثبوت. و لعلّ الأقوی عدم السقوط.

و لا ینافی هذا، القول به فی التبرّی من العیوب کما سیأتی، فإنّ ذلک من السقوط بالشرط لا بالإسقاط، أو باعتبار حصول الإقدام فیه علی ذلک کما فی الوجه الآخر فیه، و فرق بین المقامین.

[الثالث اشتراط السقوط]

قال المصنّف قدس سره: «و بالبراءه من العیوب و لو إجمالًا»

هذا هو المسقط الثالث لکلّ من الأمرین، و المراد به اشتراط السقوط علی الأقوی، من غیر فرق بین أن یتقدّم العقد مع عدم تناسیه حینه بحیث یراد من اللفظ أو یقع فی أثنائه أو یتأخّر عنه مع المقارنه علی حدّ غیره من الشروط صریحها و مضمرها. و من غیر فرق بین أن یقع علی جهه التفصیل و النصّ علی أشخاص العیوب، أو یقع علی جهه العموم، أو علی جهه الإطلاق، نعم إذا اشترط التبرّی من عیب واحد مجهول لم یصحّ و فی تبعیّه العقد له فی البطلان کلام یجی ء فی محلّه.

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۱، ب ۴ من أبواب الخیار، ح ۱.

۲- الغنیه: ۲۲۲، الریاض ۸: ۲۶۰.

و متی وقع التبرّی من العیوب علی جهه العموم أو الإطلاق فضلًا عن التفصیل، فإنّه یتبرّأ من کلّ عیب، ظاهراً کان العیب أو باطناً، معلوم للمتعاقـدین أو أحدهما أو غیر معلوم، حیواناً کان المبیع أو غیره من العیوب الظاهره و الخفیّه إجماعاً منقولًا عن الخلاف و الغنیه و التذکره و ظاهر المسالک (۱).

و الدلیل علیه بعد الإجماع، عموم أدلّه الشروط، و إطلاق حسن زراره أو صحیحه لمکان فضاله: «أیّما رجل اشتری شیئاً فیه عیب أو عوار و لم یتبرّأ إلیه منه و لم یبیّن له، فأحـدث فیه بعـد ما قبضه شـیئاً و علم بذلک العیب و ذلک العوار، أنّه یمضـی علیه البیع (۲)».

و مکاتبه جعفر بن عیسـی إلی أبی الحسن علیه السـلام: جعلت فداک المتاع یباع فیمن یزید فینادی علیه المنادی، فإذا نادی علیه برئ من کلّ عیب فیه، فإذا اشتراه المشتری و رضـیه و لم یبق إلّا نقـده الثمن فربّما زهـد فإذا زهـد ادّعی عیوباً، و أنّه لم یعلم بها، فیقول له المنادی: قد برئت منها، فیقول المشتری: لم أسـمع البراءه منها، أ یصدق فلا یجب علیه الثمن، أم لا یصدق فیجب علیه؟ فکتب علیه السلام: علیه الثمن (۳).

و الروایتان مجبورتان بالجوابر المتعدّده من شـهره العمل، و موافقه الکتاب و السنّه و ظاهر الروایه الثانیه انّه عالم بالنداء و بالبراءه و أنّه رضـیه مع ذلک، إلّا أنّه لمّا تجـدّد له زهـد و عدم الرغبه ادّعی عدم علمه بالعیوب و عدم سـماعه النداء، فهذه الدعوی إنّما نشأت مدالسه من حیث زهده لا من حیث العیوب، فلا یتوجّه علی الاستدلال بها ضعفها بالمکاتبه و عدم موافقتها للقاعده.

ثمّ إنّ الظـاهر دخول العیوب المتجـدّده بعـد العقـد و قبـل القبض أو فی زمـان خیـار المشـتری فی البراءه علی جهه العموم، کما یقضی به إطلاق النصّ

۱- الخلاف ۳: ۱۲۷ المسأله ۲۱۳، الغنیه: ۲۲۱، التذکره ۱: ۵۲۵ س ۱۶، المسالک ۳: ۲۸۲.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۶۲، ب ۱۶ من أبواب الخیارات، ح ۲.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۲۰، ب ۸ من أبواب أحکام العیوب، ح ۱.

و الإجماعات المنقوله و الفتاوی. و دعوی: أنّ المفهوم منه التبرّی من الموجوده حاله العقد کما استقربه فی التذکره (۱) ممنوعه للعموم.

نعم بالنسبه إلی صوره الإطلاق قد یدّعی ذلک، مع أنّ الأقوی خلافه، و لا یقدح فی ذلک کون البراءه ممّا لم یجب بعدُ فهو إسقاط قبل الثبوت، لأنّ التبرّی إنّما هو من الخیار الثابت بسببها بمقتضی العقد و إن کان السبب حینئذٍ، مع أنّ المستند أدلّه الشروط و هی عامّه، مع أنّ ظاهر التذکره و المسالک الإجماع علیه حیث قالا: لو شرط التبرّی من العیوب الکائنه و الّتی تحدث جاز عندنا (۲).

و حکی فی السرائر عن بعض أصحابنا أنّه لا یکفی التبرّی من العیوب إجمالًا فی سقوط الردّ (۳). و حکی ذلک فی المختلف عن أبی علیّ و علیه ظاهر القاضی (۴) و یظهر من الدروس شهره القول بذلک حیث قال: و فی التبرّی مجملًا قولان، أشهرهما ذلک (۵) و حجّتهم علی ذلک الجهاله.

و أنت خبیر بأنّ التبرّی من العیوب إن جعلناه عباره عن شرط السقوط فلا یخلو إن قلنا: إنّ الشرط مطلق بالنظر إلی الجهاله کالصلح یکفی فیه الأول إلی العلم فلا کلام و إن لم نقل بذلک و اشترطنا فیه المعلومیّه کما فی الثمن و المثمن کان المخرج له فی خصوص المقام عن ذلک الإجماعات المنقوله و إطلاق النصوص کما عرفت مع أنّه لو تمّ ذلک لزم منه فساد العقد، و لا أظنّهم یلتزمونه.

و إن قلنا: إنّ التبرّی من العیوب شی ء و اشتراط السقوط شی ء آخر، و إنّ التبرّی قائم مقام علم المشتری بالعیب، لإقدامه علی ذلک فی المقامین و إذا رضی بالعیب فلا خیار له، و لأنّه إنّما ثبت الخیار لاقتضاء العقد السلامه، فإذا صرّح بالبراءه فقد ارتفع الإطلاق، من غیر فرق بین أن یأخذه شرطاً أو لا، و بناءً علی

۱- التذکره ۱: ۵۲۵ س ۳۹.

۲- التذکره ۱: ۵۲۵ س ۳۴، المسالک ۳: ۲۸۲. و العباره من التذکره.

۳- السرائر ۲: ۲۹۶.

۴- المختلف ۵: ۱۷۰، المهذّب ۱: ۳۹۲.

۵- الدروس ۳: ۲۸۲.

ذلک لا إشکال، لأنّها جهاله فی أمر خارجی، مع اعتبار جمیع ما یجب اعتباره فی صحّه البیع، بل و یرتفع الإشکال السابق أیضاً من شبهه الإسقاط قبل الثبوت، لأنّه لیس من الإسقاط فی شی ء، و إنّما هو رافع للخیار بسبب الإقدام کما عرفت، و لکنّ الظاهر من کلامهم إنّما هو الأوّل، فتأمّل.

ثمّ إنّ هذا الخیار هل هو علی الفور أو التراخی؟ فیه الوجهان السابقان، و قد تقدّم أنّ الفوریّه أقوی، إلّا أن یقوم فی المقام إجماع، و قد قال فی المسالک و الحدائق: إنّه المعروف فی المذهب لا نعلم فیه خلافاً (۱).

و فی المفاتیح: أنّه المعروف بین الأصحاب (۲) و فی الکفایه: و الظاهر أنّه لا خلاف فیه (۳).

و فی مجمع البرهان: و کأنّه لا خلاف فیه (۴). و فی الریاض: أنّه ظاهر أصحابنا المتأخّرین کافّه علیه (۵).

فإن تمّ بذلک إجماع فبها، و إلّا فلا، و الظاهر عدم تمامیّته.

و قد اختار الفوریّه فی الوسیله، و فی الغنیه نفی عنها الخلاف فی الثانیه (۶).

نعم قد یقال بأنّ مستند هذا الخیار لمّا کان من النصّ و هو من باب العامّ أو المطلق و مجبور بفهم مشهور الأصحاب فیقیّد به العموم الأزمانی المستفاد من دلیل لزوم العقد علی إطلاقه و لعلّه هو الأقوی.

[و الإباق عیب]

قال المصنّف قدس سره: «و الإباق»

قیل: هو ککتاب من أبق کضرب و سمع و منع (۷) و إثبات المأخذ الثالث مشکل إلّا علی جعله من تداخل اللغات.

و فسّر فی اللغه بالذهاب بلا خوف و لا کدّ عمل هما منشئاه، و اعتبروا فیه أن یکون بعد الاستخفاء، و أمّا جهره فلا، و الظاهر ذلک.

۱- المسالک ۳: ۳۰۲، الحدائق ۱۹: ۱۱۷.

۲- المفاتیح ۳: ۶۹.

۳- الکفایه: ۹۴ س ۱۳.

۴- مجمع الفائده ۸: ۴۳۶.

۵- الوسیله: ۲۶۵، الغنیه: ۲۲۲.

۶- الریاض ۸: ۲۶۰.

۷- القاموس المحیط ۳: ۲۰۸.

و فيه: أنّه إن كان تفسيراً بالأعمّ فلا حاجه إلى القيود، و إن كان حقيقيّاً فينبغى أن يقال: الذهاب عصياناً و طغياناً، لا من خوف أو كـدّ عمل أو جوع أو ظمأ أو عرى أو فراش أو غطاء أو مسكن أو احتياج إلى دواء مع المرض أو سوء خلق من المولى أو أتباعه أو منعه عن واجب أو ندب أو أمره بمحرّم أو مكروه مع زعمه أنّ ارتكاب المرجوح لا يتوقّف على الإذن إلى غير ذلك.

و أمّا الاحتياج إلى التأهّل مع الشّبَق و نحو ذلك فلا يرفع اسم الإباق إلّا إذا أدّى إلى المشقّه الّتى لا تتحمّل.

و لعلّ غرضهم من ذلك التعبير بالأعمّ و الإحاله على العرف، و لا ينافى ذلك ذكر بعض القيود.

و لا ـ فرق فى ذلك بين الآبق و الآبقه كلّاً أو بعضاً، ثمناً كان أو مثمناً أو هما معاً، بالبيع كان ذلك، أو بغيره من النواقل، و التقييد بالبائع فى كلام الشارح (۱) مثال للمنقول عنه فى مقابله الآبق عند المنقول إليه إلّا فى مقام الضمان عليه.

و الردّ بالإباق عند المنقول عنه مجمع عليه فيما بينهم و النصّ دالّ عليه، و لأنّ العبد معه فى حكم التالف، و لأنّه سـرقه لنفسه فهو أبلغ من السرقه لغيره، كعدم الردّ به عند المنقول إليه فى غير الضمان، فإنّه مجمع عليه أيضاً، و الأصل يقتضيه.

و الصحيح: «ليس فى إباق العبد عهده». و الموثّق (۲) محمولان عليه جمعاً بينه و بين صحيح أبى همّام: «إلّا أن يقيم بيّنه أنّه كان آبقاً عنده (۳)» و لا ـ ينـافى ذلـك قوله عليه السـلام فى الموثّق: «إلّا أن يشترط المبتاع (۴)» فإنّه لو شـرط المشترى الخيار بالإباق عنده مع ضبط المدّه، صحّ ذلك.

و هل يكفى فى الإباق المرّه الواحده، أو يشترط التعدّد بحيث يصدق الاعتياد

۱- الروضه ۳: ۴۹۹.

۲- راجع الوسائل ۱۲: ۴۲۲، ب ۱۰ من أبواب أحكام العيوب.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۱۱، ب ۲ من أبواب أحكام العيوب، ح ۲.

۴- راجع الوسائل ۱۲: ۴۲۲، ب ۱۰ من أبواب أحكام العيوب، ح ۱ و ۲.

و یکتفی فیه بـالمرّتین کمـا فی المسالک (۱)، أو التفصـیل بـالقرب و البعـد و الطول و القصـر و حال المولی فی زیاده اللطف و الشفقه و نقصهما؟ وجوه:

و ظاهر الأکثر و منهم المصنّف هاهنا الأوّل، للصحیح السابق إلّا أن یفهم من لفظ «کان» الاعتیاد، و هو بعید جدّاً.

و حکی الشـارح فی الشرح و المسالـک الثانی عن بعض الأصـحاب، و قوّاه فیهما (۲)، و لعـلّ دلیله الأصل و الشکّ فی تسـمیه الإباق عیباً عادهً بالمرّه الواحده.

و الحقّ أنّ المسـتند فی الردّ إن کان إطلاق الخبر و إن لم یسمّ الإباق عیباً بناءً علی التفکیک بین العیبیّه و الإباقیّه فلیس إلّا الوجه الأوّل، و حیث أنّه لا تفکیک بین العیب و الإباق کما هو الظاهر، فأقوی الوجوه الأخیر.

و فی تحقّق الإباق من المجنون و غیر الممیّز إشکال و فی ارتفاعه بالتوبه مطلقاً أو بشرط رجوعه من نفسه أو عدم ارتفاع عیبه و إن ارتفع الإثم وجوه، و الأقوی الأوّل.

و مثـل الإبـاق فی کثیر من هـذه الأحکـام الزنا و السـرقه. و فی التـذکره: الزنا و السـرقه عیبان فی العبـد و الأمه عنـدنا (۳). و فی القواعـد اعتبر فیهما الاعتیاد (۴). و فی الجـامع و التحریر و الـدروس لم یعتـبره (۵). و قـال المحقّق الثانی: ظنّی أنّ الاعتیـاد غیر شرط، لأنّ الإقـدام علی القبیـح مرّه یوجب الجرأه علیه، و یصـیر للشـیطان علیه سبیل، و یترتّب وجوب الحـدّ الّذی لا یؤمن معه الهلاک علیهما (۶).

و علی هـذا یکون شـرب الخمر و النبیـذ عیباً، کما فی التحریر و الـدروس (۷) و قـد مال فی التـذکره إلی عدمه (۸) و قد یلحق بذلک جمیع ما کان من هذا القبیل، و فی الإجمال غنیً عن التفصیل.

۱- المسالک ۳: ۲۹۶.

۲- الروضه ۳: ۴۹۹، المسالک ۳: ۲۹۶.

۳- التذکره ۱: ۵۳۸ س ۳۶.

۴- القواعد ۲: ۷۲.

۵- جامع الشرائع: ۲۶۷، التحریر ۱: ۱۸۲ س ۲۳، ۲۴، الدروس ۳: ۲۸۱.

۶- جامع المقاصد ۴: ۳۲۶.

۷- التحریر ۱: ۱۸۲ س ۲۵، الدروس ۳: ۲۸۱.

۸- راجع التذکره ۱: ۵۳۸ س ۳۸.

[و عدم الحیض عیب]

قال المصنّف قدس سره: «و عدم الحیض عیب»

و المراد ممّن شأنها ذلک بحسب السنّ و المکان و المزاج و الأرحام.

و اعتبر جماعه فی ثبوت عیب عدم الحیض مضیّ ستّه أشهر و هی فی سنّ من تحیض، و منهم العلّامه فی القواعد (۱).

و أیّما کان فکون عدم الحیض عیباً فی الجمله هو المشهور بین الأصحاب، و نسب إلی الأکثر فی المسالک (۲)، و إلی الأشهر فی الکفایه (۳)، و إلی کافّه المتأخّرین فی الریاض (۴).

و خالف فی ذلک ابن إدریس حیث قال: أورد ذلک شیخنا فی نهایته من طریق خبر الواحد إیراداً لا اعتقاداً (۵) و هو یعطی عدم المصیر إلیه.

و لعلّ خلافه بالنظر إلی اعتبار الستّه أشهر الّذی قضت به الروایه لا مطلقاً و ما استظهره منه الشارح فی المسالک (۶) من نفی الحکم رأساً، لیس فی کلامه ما یدلّ علیه.

و مستند القول الأوّل، أنّ عدم الحیض علی النحو السابق من جمله العیوب عرفاً، لتفویته وصفاً مطلوباً یترتّب علیه قبول الحمل و صحّه المزاج. و صحیح ابن فرقد: «عن رجل اشتری جاریه مدرکه فلم تحض عنده حتّی مضی ستّه أشهر و لیس بها حمل؟ قال إن کان مثلها تحیض و لم یکن ذلک عن کبر فهذا عیب تردّ منه (۷)» باعتبار اطلاق الجواب و أصاله عدم تقییده بالسؤال.

و مستند القول الثانی: الصحیح المتقدّم باعتبار أنّ معناه: إن کان أمثالها سنّاً مع الاتّفاق فی البلاد و المزاج فی الجمله یوجد منها الحیض دونها یکون ذلک عیباً فیها، مع حبس الحیض ستّه أشهر لا ـ من کبر لأنّ الإشاره ب «ذلک» و ب «هذا» إلی حبس حیضها ستّه أشهر، فکان الجواب مقیّداً بذلک.

۱- القواعد ۲: ۷۲.

۲- المسالک ۳: ۲۹۷.

۳- الکفایه: ۹۴ س ۱۶.

۴- الریاض: ۸: ۲۷۲.

۵- السرائر ۲: ۳۰۴.

۶- المسالک ۳: ۲۹۷.

۷- الوسائل ۱۲: ۴۱۳، ب ۳ من أبواب أحکام العیوب، ح ۱.

و قیل: إنّ هذا هو الّذی فهمه العلماء المتقدّمون (۱) و لا ریب أنّه هو الظاهر من الروایه.

نعم قد یقال: إنّ الروایه و إن دلّت علی هذه الصوره لکنّها لا تنفی ما عداها، فیکون المدار فیما عدا ذلک علی ما یعدّ عیباً فی العرف.

و ما یقال: «إنّ الشارع قد کشف عن العرف فی ذلک لأنّ المرأه قد ینقطع عنها الحیض العشره أیّاماً و العشرون یوماً و لا یعدّ عیباً فی العرف، فلا تحدید لانقطاعه الّذی یصدق معه اسم العیب فی العرف، نعم فی الستّه أشهر یتحقّق الصدق یقیناً و قد کشف عنه الشرع» لا وجه له، لتحقّقه قبل ذلک قطعاً.

ثمّ إنّ جواز الردّ بعد ستّه أشهر إنّما هو مع عدم التصرّف، و أمّا معه فلا، و إطلاق الخبر مقیّد بدلیل التصرّف، و لا وجه لاحتمال کون هذا العیب مستثنی من دلیل سقوط الردّ بالتصرّف باعتبار استبعاد عدم وقوع تصرّف مسقط للخیار فی هذه المدّه و لو مثل «اسقنی الماء» کما احتمله الأردبیلی قدس سره (۲) فإنّ هذا لیس بأعظم من العیوب الّتی تردّ بها الجاریه و إن تجدّدت ما بین العقد و السنه و قد شرط الأصحاب فی ذلک عدم التصرّف و روایاتها مطلقه أیضاً.

[الثفل فی الزیت غیر المعتاد عیب]

قال المصنّف قدس سره: «و کذا الثفل فی الزیت غیر المعتاد»

المشهور فی کلام الأصحاب انّه إذا اشتری شیئاً فوجد فیه ثفلًا و هو ما استقرّ تحت الشی ء من کدره و کان ممّا جرت العاده بمثله، لم یکن له ردّ و لا أرش. و الزیت فی کلام المصنّف مثال، و تخصیصه بالذکر باعتبار ذکره فی الروایه.

و فی حسنه میسر: إن کان المشتری یعلم أنّ الدردی یکون فی الزیت فلیس علیه أن یردّه (۳) و «علی» بمعنی «إلی». و بهذا المضمون عبّر فی النهایه و السرائر و التحریر و الجامع (۴)، و یمکن إرجاع الروایه و کلامهم إلی ما ذکره المشهور، بمعنی

۱- مفتاح الکرامه ۴: ۶۱۵ س ۲۱.

۲- مجمع الفائده ۸: ۴۴۶.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۱۹، ب ۷ من أبواب أحکام العیوب، ح ۱.

۴- النهایه ۲: ۱۶۱، السرائر ۲: ۳۰۵، التحریر ۱، ۱۸۲ س ۳۳، الجامع للشرائع: ۲۶۸.

أنّه إن كـان يعلم أنّ هـذا بحسب العاده ممّا يمكن فی الزيت و نحوه لـم يكن له الردّ، و إلّا فله، إلّا أنّه يبقى فرد آخر، و هو ما إذا لم يعلم ذلك و ظنّ أنّه خالص من الثفل.

و الأقرب أنّ الحكم فيه ما ذكره الأصحاب، تنزيلًا للعاده منزله العلم بذلك كما فی كثير من المواضع فلا يضرّ و إن كان عيباً، أو إنّ العاده قضت بأنّ مثل ذلك ليس بعيب.

و قـد تحمـل الروايه و كلاـم الجمـاعه على إراده العـاده من العلم على ضـرب من المجـاز، فتحصـل الموافقه فی الفردين، إلّا أنّه خلاف الظاهر.

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب أنّ الثفل لو كان كثيراً و علم به قبل البيع، صحّ البيع و لا خيار.

و ربّما أشكل باعتبار الجهل الموجب للغرر بقدر المقصود بالذات، و المشاهده فی مثل ذلك غير كافيه. و يمكن دفعه بأنّ معرفه مقدار الجمله كافيه كما فی معرفه مقدار السمن جمله من دون العلم بالتفصيل و نحوه التراب فی الحنطه و الشعير إلى غير ذلك.

ثمّ الظـاهر أنّ معتـاد القـدر دون الجنس كعكسه عيب، نعم لاـ يبعـد عـدم الفرق فی معتادها بين السابق و الموضوع جديـداً على إشكال و يجرى ذلك فی مقامات كثيره.

[التاسع: خيار التدليس]

اشاره

قال المصنّف قدس سره:

«التاسع: خيار التدليس»

[التدليس: كتمان عيب السلعه عن المشترى]

التدليس: كتمان عيب السلعه عن المشترى كما فى الصحاح و المصباح و القاموس و مجمع البحرين فيكون خاصّاً بخصوص العيب لخصوص المشترى فى خصوص السلعه.

و قد فسّرت بالمتاع، و المتاع بما يتمتّع به من الحوائج، فالظاهر اختصاصها بالعروض.

و ظاهر الفقهاء أنّ التدليس إخفاء العيب، بل يعمّ إخفاء الصفات و إخفاء قصر الأجل و إخفاء رأس المال و إخفاء الزمان أو المكان أو النسب أو الجهه، و جميع ما يقتضى نقصاً فى العين أو القيمه أو الرغبه أو رأس المال، إلى غير ذلك، بل يعمّ كلّ ما اخفى على المنقول إليه ممّا يتعلّق به غرضه و إن كان مطلوباً خلافه عند عامّه الناس، و لا يخصّ العروض بل يعمّها و غيرها، و لا يخصّ البيع فضلًا عن المشترى كما قالوا فى تدليس الماشطه.

و لعلّ كلام أهل اللغه من باب التعريف بالأخصّ، و الإحاله فى ذلك على العرف كما فى كثير من المقامات، و بناءً على ما قالوه لا يختصّ الكتمان للعيب بالعيب الخفىّ الّذى يجب به الإعلام و يحرم فيه الكتمان كشوب الماء باللبن بل المدار فيه على مطلق الكتمان، و حينئذٍ لا يفارق خيار العيب التدليس إلّا حيث لا

یعلم به الناقل، و هو قلیل الوجود، و إن عمّمنا الکتمان لمثل ذلک لم یفترقا مطلقاً.

و المراد بالتدلیس فی هذا المقام ما کان الغشّ و هو إدخال الأدنی فی الأعلی و المطلوب فی غیره و بالعکس من المجانس و غیره قسماً منه، لا ما کان قسیماً له.

و ربّما یظهر من کلامهم أنّ المراد به فی المقام خصوص إخفاء الصفات، و حینئذٍ فلا یفارق خیار الوصف إلّا أن یراد بخیار الوصف هو الواقع فی الشی ء الّذی یشتری بالوصف أو برؤیه سابقه علی العقد ثمّ یخرج علی خلاف ما وصف أو رُئی، و أمّا المرئیّ وقت العقد و إن خرج علی خلاف الصفه، فلیس منه.

و علی کلّ حال فالتدلیس إمّا قولیّ خبریّ، أو شرطیّ، أو فعلیّ یقتضی زیاده فی الوصف، أو إثبات وصف جدید، أو إغراء بخلاف الواقع بما یقتضی زیاده فی القیمه، أو فی الرغبه و نحو ذلک، أمّا لو قضی بظهور الوصف بعد خفائه کالصقاله و القصاره و کنس الغبار و رفع السواد و شبهه عن الجواهر المنطبعه و نحو ذلک فلیس من التدلیس، و منه البیع بنضده فی الظلمه و تغلیظ القماش و الجواهر ما لم یکن شائعاً، و ما کان بالواسطه کغیره کما إذا أخبر بقصد أن یخبر أو قال له: أخبر، أو عمل عملًا بنفسه أو بغیره، کأن قال له: اعمل.

و تدلیس الوکیل تدلیس الأصیل.

و فی ضمان المدلّس الأجنبیّ وجه تقدّمت الإشاره إلیه.

ثمّ إنّ ثبوت الخیار بالتدلیس نسبه فی المسالک إلی الأکثر (۱) و فی الکفایه إلی الأشهر (۲)، و قد صرّح به المصنّف و العلّامه فی القواعد و التذکره و المحقّق فی الشرائع (۳) و حکی عن القاضی و ابن إدریس (۴)، و ذهب إلیه الفاضل المیسی و الشارح هنا و فی المسالک و صاحب الکفایه و مجمع البرهان (۵).

۱- المسالک ۳: ۲۹۸.

۲- الکفایه: ۹۴ س ۲۱.

۳- القواعد ۲: ۷۶، التذکره ۱: ۵۴۰ س ۳۹، الشرائع ۲: ۳۷ و ۳۸.

۴- المهذّب ۱: ۳۹۵، السرائر ۲: ۳۵۸.

۵- الروضه ۳: ۵۰۰، المسالک ۳: ۲۹۸، الکفایه: ۹۴ س ۲۱، مجمع الفائده ۸: ۴۴۷.

و نسب القول بالعدم إلی الشیخ فی الخلاف و العلّامه فی التحریر و الإرشاد (۱) و إلی المصنّف فی الدروس، حیث شرط ثبوت الخیار فی التحمیر و التبییض و الجعد مع ظهور خلافها باشتراطها (۲).

و نسب المصنّف فیها إلی الشیخ التردّد فی الثلاثه، و لعلّه عنی بذلک کلامه فی المبسوط، حیث أنّه بعد أن أثبت فیه الخیار فی الثلاثه قال: و إن قلنا لیس له الخیار لأنّه لا دلیل فی الشرع علی کونه عیباً یوجب الردّ کان قویاً انتهی (۳)، و إلّا ففی الخلاف صرّح بنفی الخیار فیها.

و تردّد المحقّق الثانی فی ثبوته فیها (۴) و الّذی یظهر عدم کونه خیاراً مستقلًّا مؤثّراً لأثر مستقلّ، و من هنا لم یعدّه أکثر الأصحاب خیاراً مستقلًّا.

نعم حیث یرجع إلی خیار الوصف و هو ما لو وصف له المنقول أو رآه علی صفه عند البیع أو قبله فظهر خلافها نقول به، و کذلک حیث یکون من باب الشرط أو العیب أو الغبن و نحو ذلک.

فإن قلت: إنّ خیار الوصف إنّما هو فیما اشتری بالوصف أو برؤیه سابقه لا فی ما رئی عند العقد فلا یکون مثل ذلک من خیار الوصف.

قلت: لیس محلّ البحث فی التسمیه و إنّما الکلام فی الحکم، و لا ریب أنّ ما دلّ علی خیار الرؤیه یدلّ علیه بطریق تنقیح المناط، و تقدّم الرؤیه و مقارنتها لا یصلح فارقاً، مع أنّ الأولی مقارنته حکماً بمقتضی الاستصحاب و باعتبار ثبوته فی التصریه بالإجماع محصّله و منقوله و لیست عیباً، و لا فارق بینها و بین غیرها بالنسبه إلی ذلک، و حینئذٍ فمن أثبت خیار التدلیس إن أراد به ذلک قاصراً لخیار الوصف علی غیر المشاهد عند العقد فلا نزاع لنا معه فی الحقیقه و البحث یکون فی مجرّد التسمیه، و إن أراد بذلک جعله خیاراً مستقلًّا فیکون الخیار بالنظر إلی

۱- الخلاف ۳: ۱۱۱ المسأله ۱۸۳، التحریر ۱: ۱۸۶ س ۶، إرشاد الأذهان ۱: ۳۷۷.

۲- الدروس ۳: ۲۸۰.

۳- المبسوط ۲: ۱۲۹.

۴- جامع المقاصد ۴: ۳۴۷.

الکـذب فی بـاب المرابحه بالنسـبه إلی رأس المـال أو الأجـل و نحـو ذلـک علی وفق القاعـده لاـ لورود الـدلیل به فی خصوص المرابحه، و یکون بالنظر إلی إخفاء الوصف الخیار ذی جهتین، إذا أسـقط أحـدهما أو لم یطالب من جهتها یبقی الآخر، فالظاهر خلافه، لأنّا إن قصّرناه علی التدلیس المحرّم. فأقصـی ما فیه أنّ النهی إن کان عن أمر خارج قضـی بالإثم و لا شـی ء علیه، و إن کـان من أمر داخـل قضـی بالفساد. و الظاهر منه الأوّل. و إن عمّمناه للمحرّم و غیره فکـذلک أیضاً، لأنّ الأصل لزوم العقـد، و لا دلیل علی ثبوت الخیار بذلک.

و ما یقال: من أنّ دلیله حدیث الضـرر باعتبار الضـرر الناشئ من فقد ما ظنّه حاصلًا و أنّ الأغراض تختلف فی ذلک، فربّما رغب المشتری فیمـا أقـدم علیه أوّلًا و لـم یسـلم له، لا وجه له، لما تقـدّم سابقاً من أنّ حـدیث الضـرر بمجرّده لا یثبت خیاراً، و أنّه من المجملات، مع أنّه مع مقـارنته لخیار آخر کما فی صوره فوات الوصف ینـدفع الضـرر بالخیار الثانی، و هکـذا غیره من عیب أو غبن و نحوهما.

ثمّ إنّه بناءً علی القول به ینبغی الاقتصار فیه علی المتیقّن، فلا یعمّ تـدلیس غیر المالک، و لا تـدلیس المالک من غیر قصـد، و لا مع القصـد لغیر البیع من الأغراض الاـخر، و لا لما کان اغترار المشتری لتقصـیره، و لا لما کان الإخفاء لصـفه الکمال و لم یتعلّق للمشتری غرض بصـفه النقص و إنّما أرادها لغواً و عبثاً، و یقتصـر فیه علی خصوص البیع إلّا إذا جعلنا المسـتند الضـرر لا التعبّـد، فإنّه یعمّ الجمیع.

و الظاهر أنّ محلّ البحث عند الأصـحاب إنّما هو فی التدلیس بإخفاء الصفه فقط کما تقضی به أمثلتهم و مطاوی کلماتهم، و أنّ النزاع فی أنّ فوات مثـل هـذا الوصف من حیث هو لا باعتبار التـدلیس مثبت للخیار أم لا. فحمل کلام القائلین بالعـدم علی المنع من ذلک من حیثیّه التدلیس دون حیثیه فوات الوصف بعید، بل لا یتأتّی فی کلام بعضهم.

و حیث کان هذا الخیار قسـماً من خیار الوصف فجمیع ما یعتبر فی خیار الوصف یعتبر فیه، غیر أنّه ربّما استتبع تغریماً من جهه ما یحدث من المصارف

المبتیّه علی التدلیس بخلاف غیره. و یجتمع مع الخیارات الاخر و یفترق عنها، و یتمشّی من البیع إلی غیره من العقود.

نعم لو أخفی صفه الکمال و کان غرض المشتری صفه النقص لغواً، فالظاهر عدم ثبوت الخیار حینئذٍ کما سیأتی مثله فیما هو أقوی منه و هو الشرط. و أمّا صوره ما لو کان غرور المشتری لتقصیره کما لو لطخ البائع ثوب العبد مداداً فتخیّل المشتری کونه کاتباً و اغترّ بما لیس فیه تغریر کثیر، ففیه الوجهان، ذکرهما المحقّق الثانی متردّداً فی ذلک (۱) و الظاهر أنّه من فوات الوصف المثبت للخیار.

[لو شرط صفه کمال أو توهّمها]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «فلو شرط صفه کمال کالبکاره أو توهّمها کتحمیر الوجه و وصل الشعر فظهر الخلاف تخیّر و لا أرش»

[لو شرط البکاره]

لا ریب أنّ کلّ وصف مشترط یتعلّق به غرض مقصود للعقلاء و إن کان ضدّه أجود فی المالیّه فإنّ الخیار یثبت مع فواته، للإجماع المحصّل فضلًا عن المنقول فی المسالک (۲) و لعموم أدلّه الشروط. و ظاهر کلام المصنّف: أنّه لو اشترط صفه نقص لغرض تعلّق له بها مقصود للعقلاء أنّه لا خیار له، و الظاهر خلافه، و لعلّه یرید ما کان کمالًا و لو للغرض فی مقابله الشرط الغیر المقصود للعقلاء، و ما لا یزید به المال فیکون لغواً و لا یثبت خیاراً، کما صرّح بذلک فی القواعد و التحریر و التذکره (۳) و هل یفسد العقد لفساد هذا الشرط أو لا؟ وجهان، و الأقوی الصحّه فی مثل ذلک و إن قلنا بفساد العقد تبعاً للشرط الفاسد، و سیأتی البحث فی ذلک فی محلّه.

و أمّا عدم ثبوت الأرش فلاختصاصه بالعیب، و الواقع لیس بعیب.

و الفرق بین العیب و غیره فی استحقاق الأرش بالأوّل دون الثانی التعبّد، و حکمته: أنّ العیب کالنقص فی المبیع فقابل الشارع الکمال ببعض الثمن، بخلاف غیره من الأوصاف، فإنّها علّه الإقدام و الرغبه فقط، و یشکل ذلک فی البکاره من حیث إنّها بمقتضی الطبیعه و فواتها نقص یحدث فی الأمه و یؤثّر فی نقصان القیمه

۱- لم نعثر علیه فی کتبه.

۲- المسالک ۳: ۲۹۸.

۳- القواعد ۲: ۷۳، التحریر ۱: ۱۸۶ س ۴، التذکره ۱: ۵۴۰ السطر الاخیر.

تـأثيراً بيّنـاً، فينبغى التخيير بين الردّ و الأرش مع فواتها و ثبوت الثيبوبه حال البيع بالبيّنه و إقرار البائع أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع بحيث لا يمكن تجدّد الثيبوبه. و من حيث إنّ الأرش جزء من الثمن و هو لا يوزّع على الشروط.

و نقل عن بعض الأصحاب (۱) القول بعدم التخيير بفوات شرط البكاره حتّى بين الردّ و عدمه.

و الأقوى الأوّل، لا باعتبار أنّ الثيبوبه عيب مطلقاً كما يظهر من ابن إدريس و نسب إلى ظاهر ابن البرّاج و مال إليه صاحب التنقيح و الشارح هنا و فى المسالك و احتمله المصنّف فى الدروس (۲) نظراً إلى دخوله تحت الضابطه السابقه للعيب، فإنّ ذلك مخالف لظاهر الإجماع المنقول فى كشف الرموز، حيث قال: لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ الثيبوبه ليست عيباً (۳) و فى إيضاح النافع نسب ذلك إلى الأصحاب، و فى المسالك إلى إطلاق الأصحاب (۴)، و نسبه فى الخلاف إلى روايه الأصحاب (۵).

مضافاً إلى أنّ أكثر الإماء لا يوجدن إلّا ثيّبات، فكانت الثيبوبه بمنزله الخلقه الأصليّه و إن كانت عارضيّه، و لا أقلّ من الشكّ فى صدق اسم العيب على ذلك عرفاً، فيرجع إلى أصل لزوم العقد.

و الضابطه السابقه قد أرجعناها إلى الأخذ بالعرف كما عرفت، و على تقدير الأخذ بها تعبّداً فسندها قاصر و لا يؤخذ بها إلّا فى محلّ الجابر و لا جابر فى المقام، و قد استدلّ بعضهم على ذلك بروايه سماعه، قال: «سألته عن رجل باع جاريه على أنّها بكر فلم يجدها كذلك قال: لا يردّ عليه و لا يجب عليه شى ء أنّه قد تكون تذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها.» (۶) قال: و هى مجبوره بعمل الأصحاب (۷).

۱- حكاه العلّامه ره عن الشيخ فى النهايه و عن القاضى فى الكامل، راجع المختلف ۵: ۱۷۳.

۲- السرائر ۲: ۳۰۴، فى المسالك ۳: ۲۹۵: و هو ظاهر ابن البرّاج، التنقيح ۲: ۸۲، الروضه ۳: ۵۰۰، المسالك ۳: ۲۹۶، الدروس ۳: ۲۷۶.

۳- كشف الرموز ۱: ۴۸۰.

۴- المسالك ۳: ۲۹۵.

۵- الخلاف ۳: ۱۱۲ المسأله ۱۸۴.

۶- الوسائل ۱۲: ۴۱۸، ب ۶ من ابواب احكام للعيوب ح ۲.

۷- نسبه فى مفتاح الكرامه إلى إيضاح النافع، راجع ج ۴ ص ۶۱۸ س ۲۶.

و أنت خبير بأنّ هذه الروايه ظاهرها الشرطيه كروايه يونس الآتيه فليست ممّا نحن فيه إلّا أن يستند إلى الأولويّه، مع أنّ ظاهرها أنّ عدم الردّ و عدم أخذ الأرش باعتبار عدم العلم بثبوتها حال العقد، و هو الّذى يقتضيه الجمع بينها و بين روايه يونس، فهى بالدلاله على الخلاف أولى.

و لا باعتبار أنّها عيب فى خصوص السودان من الإماء أو فى خصوص المجلوبه منهنّ، فإنّ الظاهر عدم الفرق بينها و بين غيرها.

و لا- باعتبار أنّها عيب فى خصوص الصغيره الّتى ليست محلّا للوطء، فإنّ أصل الخلقه و الغالب متطابقان فيها على البكاره كما قوّاه فى الشرح و المسالك (۱) و نفى عنه البأس فى التذكره (۲) فإنّ الظاهر عدم الفرق أيضاً و أنّ البناء فى الإماء مطلقاً ليس على ذلک. و قد اشتهر أنّ عاده الّذين يجلبون الأطفال من الجوارى يفتضّون بكارتهنّ بأصابعهم إذا لم يكن قابلات للوطء.

بل باعتبار ما رواه فى الكافى و التهذيب عن يونس: فى رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء و لم يجدها عذراء قال: «يردّ عليه فضل القيمه إذا علم أنّه صادق» (۳) و ظاهرها الشرطيّه و الظاهر من قوله: «لم يجدها عذراء» يعنى بعد تصرّفه بها و قد نقول بإسقاط التصرّف للخيار تعبّداً حتّى مع الجهل، مع أنّ الاقتصار على ثبوت الأرش لا ينفى الردّ للشرطيّه بمقتضى الجمع بين الدليلين.

فما فى المبسوط: إن شرط أن تكون بكراً فخرجت ثيّباً، روى أصحابنا أنّه ليس له الخيار و له الأرش (۴) مشيراً إلى الروايه و قد حكى أنّ ذلک خيره المهذّب و الاستبصار (۵) بعيد. و قد حمل فى الثانى قوله فى روايه سماعه: «فلا يجب عليه شى ء»: أنّه لا يحب عليه شى ءٌ معيّن، لأنّ المرجع فى ذلک إلى اعتبار

۱- الروضه ۳: ۵۰۰، المسالک ۳: ۲۹۵.

۲- التذكره ۱: ۵۳۹ س ۳۸.

۳- الوسائل ۱۲: ۴۱۸، ب ۶ من أبواب أحكام العيوب ح ۱.

۴- المبسوط ۲: ۱۲۹.

۵- المهذّب ۱: ۳۹۵، الاستبصار ۳: ۸۲ ذيل ح ۲۸۷.

العاده و هو مختلف.

و المراد بـالعلم بكونه صادقـاً فى روايه يونس العلم بصـدقه فى الثيبوبه قبل البيع، جمعاً بينها و بين خبر سـماعه بحمل الثانى على صوره الجهل.

و فى التذكره حمل خبر سـماعه و كلام الأصحاب على أنّه اشتراها على ظاهر الحال من شهاده الحال بالبكاره و غلبه ظنّه من غير شرط (۱)، و هو بعيد.

و ليس فى روايـه يـونس بعـد القطـع مـن يتوقّف فى أمره غير ابن مِرار و لكنّهـا مجبـوره بالشـهره المنقـوله كمـا فى الـدروس و المسالك (۲) بل المحصّـِله، فإنّ ثبوت الأرش خيره السـرائر و كشف الرموز و جامع الشـرائع و التـذكره و التحرير و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و الشرح و المسالك (۳) و غيرها.

و قد ظهر أنّه لو لم يثبت التقدّم فلا خيار بالنسبه إلى زمان ضمان البائع كما صرّح به المحقّق (۴) و جماعه، للأصل و أنّها تذهب بالنزوه و نحوها، و تدلّ عليه روايه سماعه (۵)، و إطلاق من أطلق من الأصحاب منزّل على ذلك.

[الثيبوبه تطلق على معنيين]

اشاره

ثمّ إنّ الثيبوبه تطلق على معنيين:

أحـدهما: الموطوءه و هو الّذى يظهر من صدر عباره النهايه و المجمع (۶) و تقابلهـا البكر و هى الّتى لم تمسّ و هى المراده فى مسأله سكوتها عند طلبها و فى مسأله الأولياء.

و الثانى: ذهاب العذره و لو بحرقوص أو نزوه أو فضّ بإصبع و نحوه، و تقابلها البكر من البكاره و هى العذره، و المراد بها التحام الفرج كما فى آخر عبارتى

۱- التذكره ۱: ۵۳۹ السطر الاخير.

۲- الدروس ۳: ۲۷۶، المسالك ۳: ۲۹۶.

۳- السرائر ۲: ۳۰۴، كشف الرموز ۱: ۴۸۰، الجامع للشرائع: ۲۶۷، التذكره ۱: ۵۳۹ س ۴۱، التحرير ۱: ۱۸۶ س ۱۱، المختلف ۵: ۱۷۴، التنقيح ۲: ۸۲، جامع المقاصد ۴: ۳۲۹، الروضه ۳: ۵۰۰، المسالك ۳: ۲۹۶.

۴- جامع المقاصد ۴: ۳۲۹.

۵- الوسائل ۱۲: ۴۱۸، ب ۶ من أبواب أحكام العيوب، ح ۲.

۶- راجع النهایه ۲: ۱۶۰ و مجمع الفائده ۸: ۴۳۲.

النهایه و المجمع (۱) و هی المراده فی باب ردّ العشر و نصف العشر فی الإماء و الغالب إرادته فی مهر المثل، و الظاهر من معناها عندهم الأوّل، و مبنی الأخیر علی الغالب، و بناءً علی الوجه الأوّل لا یضرّ زوال التحام فرجها بغیر الوطء و إن علم تقدّمه علی العقد، فضلًا عن أن یشکّ فیه، و بناءً علی الثانی یضرّ الأوّل دون الثانی، إلّا مع جهل تاریخ العقد و العلم بتاریخ زوال البکاره فی وجه.

و الأقوی العدم، تمسّکاً بأصاله لزوم العقد، کما فی صوره جهل تاریخهما و جهل تاریخ زوال البکاره و العلم بتاریخ العقد.

و الظاهر أنّ محلّ بحث الأصحاب الأخیر، کما یفصح عنه قول المحقّق فی الشرائع: لأنّ ذلک قد یذهب بالخطوه (۲) و قول الشیخ فی النهایه: لأنّ ذلک قد یذهب من العلّه و النزوه (۳) و مثله ما حکی عن الکامل (۴) و مثلهما غیرهما و هو الظاهر من روایه سماعه کما عرفت. فلا وجه لاحتمال کون محلّ البحث الأوّل، و لا لما یتخیّل من احتمال جعل النزاع لفظیّاً بالنسبه إلی تلک الخلافات المتقدّمه بحمل النفی علی معنی و الإثبات علی آخر.

ثمّ إنّه بالنسبه إلی عکس المسأله فیما لو شرط کونها ثیّباً فخرجت بکراً لا کلام فی عدم ثبوت الأرش و له الردّ، عملًا بالشرط، و لأنّ العاجز قد یطلب ذلک، و قد نصّ علیه فی القواعد و التذکره و جامع الشرائع و جامع المقاصد و المسالک (۵) و غیرها، و فی المبسوط و التحریر: أنّه لا خیار له (۶) و هو ضعیف.

[التصریه فی اللغه]

التصریه فی اللغه: الجمع، قال فی الغریبین: صریت الماء و صرّیته إذا جمعته و حبسته، و قال فی النهایه: المصرّاه: الناقه أو البقره أو الشاه یصری اللبن فی

۱- المصدر السابق.

۲- الشرائع ۲: ۳۷.

۳- النهایه ۲: ۱۶۰.

۴- لا یوجد عندنا.

۵- القواعد ۲: ۷۳، التذکره ۱: ۵۴۰ س ۳، الجامع للشرائع: ۲۶۷، جامع المقاصد ۴: ۳۳۰، المسالک ۳: ۲۹۶.

۶- المبسوط ۲: ۱۳۰، التحریر ۱: ۱۸۶ س ۴.

ضرعها أی یجمع و یحبس.

التصریه و قال فی المصباح: صریت الناقه فهی صریه من باب تعب إذا اجتمع لبنها فی ضرعها. و فی الصحاح: صرّیت الشاه تصریه إذا لم تحلبها أیّاماً حتّی یجتمع اللبن فی ضرعها و الشاه مصرّاه. و فی القاموس: ناقه صریا محفّله و الصُّرّی کرُبّی المصرّاه الشاه المحفّله. و فی المجمع: التصریه فیما بینهم تحفیل الشاه و البقره و الناقه و جمع لبنها فی ضرعها بأن تربط أخلافها و یترک حلبها الیوم و الیومین و الثلاث لیتوفّر لبنها فیری المشتری کثیراً فیزید فی ثمنها و هو لا یعلم، انتهی.

و التحفیل من الحفل و هو الجمع، و منه قیل للمجمع محفل، و حفّلت الشاه بالتثقیل ترکت حلبها حتّی اجتمع اللبن فی ضرعها فهی محفّله، و کأنّ الأصل حفّلت لبن الشاه، لأنّه هو المجموع فهو محفّل و قد اشتهرت منه التصریه و التحفیل فی جمع اللبن فی الضرع من الحیوان مطلقاً، و احتمال الوضع الجدید لخصوص ذلک غیر بعید، و هو المراد فی هذا المقام.

[التصریه للشاه و البقره و الناقه]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «و کذا التصریه للشاه و البقره و الناقه»

[التصریه تدلیس حرام]

و التصریه تدلیس حرام إجماعاً، کما فی المسالک و الریاض (۱) و یوجب الخیار فی الشاه بین الردّ و الإمساک إجماعاً. کما فی الخلاف و المختلف و المهذّب البارع و تعلیق الإرشاد و الشرح و الریاض (۲) و ظاهر التذکره و غایه المرام و مجمع البرهان (۳).

و علیه أخبار الفرقه، کما فی الخلاف (۴) و لم نجد فی روایاتنا تعرّضاً لحکم التصریه سوی ما رواه الحرّ فی هدایته من قوله علیه السلام: لا تصرّوا الإبل و البقر و الغنم من اشتری مصرّاه فهو بآخر النظرین إن شاء ردّها و ردّ معها صاعاً تمراً (۵).

۱- المسالک ۳: ۲۹۲، الریاض ۸: ۲۶۵.

۲- الخلاف ۳: ۱۰۲ المسأله ۱۶۷، المختلف ۵: ۱۷۵، المهذّب البارع ۲: ۴۱۵، حاشیه الإرشاد للکرکی (مخطوط): ۱۳۹، الروضه ۳: ۵۰۱، الریاض ۸: ۲۶۵.

۳- التذکره ۱: ۵۲۶ س ۲۹، غایه المرام ۲: ۷۱، مجمع الفائده ۸: ۴۳۹.

۴- الخلاف ۳: ۱۰۲ المسأله ۱۶۷.

۵- هدایه الامّه ۶: ۱۴۱، ح ۴۷.

و روى أيضاً من اشترى محفّله فليردّ معها صاعاً (۱).

و فى كتاب معانى الأخبار للصدوق عن محمّد بن هارون الزنجانى عن علىّ ابن عبد العزيز عن أبى عبيده رفعه إلى النبىّ صلى الله عليه و آله: لا تصرّوا الإبل و الغنم [فإنّها خداع (۲)] من اشترى مصرّاه فإنّه بآخر النظرين إن شاء ردّها و ردّ معها صاعاً من تمر (۳).

و فى الغوالى عن النبىّ صلى الله عليه و آله: من اشترى مصرّاه فهو بالخيار ثلاثه أيّام، إن شاء أمسكها و إن شاء ردّها و صاعاً من تمر (۴).

و قال صلى الله عليه و آله: من اشترى محفّله فهو بالخيار ثلاثه أيّام، فإن ردّها ردّ معها لبنها حتماً (۵).

و الظاهر أنّها مأخوذه من طريق العامّه، و لذلك اعترف بعدم الوقوف على نصّ من ذلك من طرق الخاصّه فى السرائر و التحرير و غايه المراد و المسالك و مجمع البرهان (۶) و غيرها. و من هنا يضعّف الاستناد إلى ما أرسله الشيخ فى الخلاف من أخبار الفرقه (۷) و أنّ ما يحكيه كما يرويه، و العمده فى ثبوته فى الشاه الإجماع و يؤيّده حديث الضرر (۸)، و ما روى فى الهدايه و معانى الأخبار و الغوالى.

و قد يستدلّ على ذلك بما رواه أصحابنا بثلاث طرق: صحيح و ضعيف و مرسل، و لا يضرّ ذلك بعد الانجبار، و هو ما رواه الحلبى عن رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثه أيّام ثمّ ردّها، قال: إن كان فى تلك الأيّام شرب لبنها ردّ معها ثلاثه أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شى ء (۹) و ليس فيها قضيّه تصريه البائع و تدليسه.

۱- المصدر السابق ص ۱۴۲، ح ۴۸.

۲- ليس فى المصدر.

۳- معانى الأخبار: ۲۸۲.

۴- غوالى اللآلى ۱: ۲۱۹ ج ۸۷.

۵- نفس المصدر: ح ۸۸ و فيها بدل قوله: حتماً «أو مثل لبنها قمحاً».

۶- السرائر ۲: ۳۰۰، التحرير ۱: ۱۸۴ س ۳۲، غايه المراد ۲: ۱۱۲، المسالك ۳: ۲۹۳، مجمع البرهان ۸: ۴۳۸.

۷- الخلاف ۳: ۱۰۲ المسأله ۱۶۷.

۸- الوسائل ۱۷: ۳۱۹، ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱، ۳۴۱، ب ۱۲ من أبواب إحياء الموات، ح ۳.

۹- الوسائل ۱۲: ۳۶۰، ب ۱۳ من أبواب الخيار، ح ۱.

و یمکن أن یقال: إنّ ردّها بعد التصرّف و ردّ شی ء معها مطلق أو عامّ فیخصّ بالإجماع بالتدلیس، و فیه ما فیه.

و الاعتراض بالاشتمال علی ردّ ما لم یقل به المشهور، مردود بأنّ العمل ببعض الروایه مع المجبوریّه و ردّ البعض أوفق بالضوابط.

و أمّا الروایات العامّیّه الموجوده فی کتب العامّه فلا یجوز الاستناد إلیها و إن حصل لها الجابر، لأنّا امرنا بتلف کتبهم لأنّها کتب ضلال، فلا یجوز الأخذ بها و إن کانت مجبوره، و مجرّد عدم عثورنا علی مستند من طریق الخاصّه لا یقضی بکونها هی المستند. نعم لو ذکرت فی کتب أصحابنا للأخذ بها، جاز الأخذ بها مع الانجبار کما تشهد به الطریقه المستمرّه لعلمائنا الأبرار.

و الروایات المذکوره فی هذا الباب الّتی رواها الصدوق و الحرّ و ابن جمهور عامّیّه، و اختصاصهم بروایتها یشکّک فی کونها سبباً فی الدخول تحت روایاتنا حتّی ینفع انجبارها بالشهره، فلا تصلح إلّا للتأیید و هی بین مرسله و ضعیفه جدّاً، لاشتمالها علی عدّه من الضعفاء، و حکمها عدا الأخیره مخالف للفتوی، لأنّ فیها ردّ التمر أو ما یعمّه و غیره، و لا وجه له کما سیأتی، إلّا أن یقال: یعمل ببعض للانجبار و یترک بعضاً، فلیس المستند فی الحقیقه فی الشاه إلّا الإجماع و روایه الحلبی بالنحو السابق.

و أمّا البقره و الناقه فالمشهور ثبوت التصریه فیها أیضاً کما فی الحدائق (۱) و هو مذهب الأکثر کما فی الریاض (۲) و هو خیره المبسوط و الخلاف و السرائر و الجامع و التحریر و التذکره و الدروس و حواشی المصنّف و جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد و إیضاح النافع و المیسیّه و الریاض (۳)، و هو المحکیّ عن أبی علیّ و القاضی (۴)،

۱- الحدائق ۱۹: ۹۵.

۲- الریاض ۸: ۲۶۸.

۳- المبسوط ۲: ۱۲۵، الخلاف ۳: ۱۰۵ المسأله ۱۷۰، السرائر ۲: ۳۰۰، الجامع للشرائع: ۲۶۷، التحریر ۱: ۱۸۵ س ۸، التذکره ۱: ۵۲۶ س ۳۹، الدروس ۳: ۲۷۶، جامع المقاصد ۴: ۳۴۹، الریاض ۸: ۲۶۸.

۴- راجع المختلف ۵: ۱۷۷، المهذّب ۱: ۳۹۱.

و قوّاه کاشف الرموز (۱)، و مال إلیه صاحب مجمع البرهان (۲)، و نقل علیه الإجماع الشیخ فی الخلاف (۳)، و قد تلوح دعوی الإجماع من السرائر و التذکره (۴) و غیرهما فالمستند فیهما أیضاً الإجماع المنقول المعتضد بفتوی الأکثر، المؤیّد بحدیث نفی الضرر و بما تقدّم نقله عن هدایه الحرّ و معانی الأخبار و الغوالی.

و تردّد فی ذلک فی الشرائع (۵)، و استشکل فی الإرشاد و الکفایه (۶) و توقّف فی المختلف (۷).

و لم یرجّح فی غایه المراد و غایه المرام و التنقیح و المهذّب البارع «۲۱»، و قرّب فی الإیضاح عدم الثبوت فیهما «۳۱» و فی المسالک و الشرح إن تمّ الإجماع و إلّا فإشکال «۴۱».

و أمّا ثبوتها فی غیر النعم الثلاث کحبس لبن الأتان و الأمه و الفرس و نحوها حیث یکون المقصود منها اللبن، و حبس غیر اللبن کحبس ماء القناه و الرحی و إرساله عند البیع و إبقاء المخروط أو المجزوز أو الملقوط أو المستنبط کالعسل و نحوها فیراها الرائی فیظنّ أنّ ذلک طبیعی لا من الجمع فتشتدّ رغبته فی أخذه فالحکم فی جمیع ذلک ثبوت الخیار فیها علی النحو الّذی ثبت فی النعم الثلاث من ثبوته مع التصرّف، و کونه بعد الثلاثه أو کون الثلاثه محلّا لثبوته و ردّ اللبن فی الثلاث إلی غیر ذلک ممّا سیأتی من الامور المخالفه للقواعد فالحقّ عدم ثبوته، لأنّ المستند إن کان الإجماع فهو مقصور علی النعم الثلاث، و تنقیح المناط ممنوع لفقد المنقّح من نصّ أو إجماع، و إن کان من الروایات فلیس فی الباب روایه تدلّ علی الحکم إلّا روایه الصدوق و الغوالی و الهدایه و ما رواه الحلبی بالطریق

۱- کشف الرموز ۱: ۴۷۹.

۲- مجمع الفائده ۸: ۴۴۳.

۳- الخلاف ۳: ۱۰۵ المسأله ۱۷۰.

۴- السرائر ۲: ۳۰۰، التذکره ۱: ۵۲۶ س ۳۹.

۵- الشرائع ۲: ۳۷.

۶- إرشاد الاذهان ۱: ۳۷۷، الکفایه: ۹۴ س ۹.

۷- المختلف ۵: ۱۷۷.

السابق، و قد علمت ما فيها و هی مخصوصه بالنعم الثلاث، فلا تسری إلی غيرها إلّا بالتنقيح، و قد علمت ما فيه.

فمـا نقـل عن أبی علی أنّه طرّد الحكم فی سائر الحيوانات حتّی الآدمی (۱) لعـلّ غرضه ثبوت الخيار علی النحو الأوّل و هو خيار الوصف.

و فی الـدروس و المفاتيح: إنّ قوله ليس بالبعيد للتدليس (۲)، و كـذلك ما فی الدروس و التذكره: من إلحاق حبس ماء القناه و الرحی و إرساله عند البيع و الإجاره حتّی يتخيّل المشتری كثرته بالتصريه فی ثبوت الخيار (۳).

و لا ينافی ما ذكرناه من الإجماعات المنقوله علی نفی التصريه فی غير النعم الثلاث، فإنّ المراد نفيها علی النحو الّذی ثبت فيها.

قال فی السـرائر بعد أن ذكر التصـريه فی الناقه و البقره و الشاه: و لا تصريه عندنا فی غير ذلك (۴) و قال فی التذكره: و لا تثبت التصـريه فی غير الثلاثه المـذكوره فی الخبر الإبل و البقر و الغنم عند علمائنا (۵)، و نحوه ما فی مجمع البرهان (۶). و فی كشف الرموز نقل الإجماع علی نفی التصريه فی الأتان و الأمه (۷).

و هذا الخيار مخالف للقاعده من وجوه:

منها: الردّ مع التصرّف.

و منها: تبعيض الصفقه و هی عيب بالنسبه إلی المردود عليه.

و منها: ردّ المتجدّد مع أنّه من مال المشتری إن قلنا به.

و منها: التخصيص بالثلاثه فی وجه، و قد يغفل عن حلبها فی الثلاثه، فيكون خيار التدليس أخفّ من خيارات الأسباب الاخر.

و منها: دخول المجهول بل المعدوم فی وجه فی البيع، فينبغی الاقتصار علی خصوص التدليس.

۱- راجع المختلف ۵: ۱۷۷.

۲- الدروس ۳: ۲۷۷، المفاتيح ۳: ۷۰.

۳- الدروس ۳: ۲۷۸، التذكره ۱: ۵۲۷ س ۳۳.

۴- السرائر ۲: ۳۰۰.

۵- التذكره ۱: ۵۲۶ س ۴۲.

۶- مجمع الفائده ۸: ۴۴۳.

۷- كشف الرموز ۱: ۴۸۰.

و من هنا یعلم أنّ هـذا الحکم لا یسـری إلی غیر تـدلیس المالک، و لا إلی تـدلیسه بالخبر دون العمل، و لا إلی وقوع التحفیل لا لعقد البیع بل لبعض الأغراض الاخر، و لا إلی وقوع التحفیل لإهماله و نسـیانه، و یحصل بنسیان حلبها و بقائها فی المرعی یومین أو أزید اقتصاراً فیما خالف القاعده علی المتیقّن.

و من هنا استقرب فی القواعد و الإیضاح و جامع المقاصد سقوط الخیار فی الصوره الأخیره (۱)، و لا ینافی ذلک ما استقربه فیها فی التذکره و حواشی المصنّف من ثبوت الخیار (۲)، فإنّ المراد به خیار فوات الوصف لا ما تقدّم.

و تشـترک الفتوی و الإجمـاع و الروایـات بخصوص المشـتری، و الظـاهر أنّه مثـال، فالبـائع بـالنظر إلی الثمن کـالمشتری فی حقّ المثمن.

و العقود الاخر کعقد البیع لتنقیح المناط فی الجمیع علی إشکال فی التسریه إلی العقود الاخر، لاحتمال کون السبب کثره دوران البیع فناسب التخفیف دونها.

و المسأله علی خلاف القاعده فیقتصر فیها علی المتیقّن.

[بعد اختبارها ثلاثه أیّام]

قال المصنّف قدس سره: «بعد اختبارها ثلاثه أیّام»

لا ریب أنّ التصریه تارهً تثبت بالاختبار، و اخری بالبیّنه و الإقرار، فإن کان المثبت لها الأوّل اعتبر فی ثبوت الخیار بها مضیّ ثلاثه أیّام، کمـا یظهر من المصـنّف، و هو ظـاهر کـلّ من اعتبر الاختبار ثلاثه أیّام، کما فی الشـرائع و القواعـد و التـذکره و الإرشاد و التنقیح و الکفایه (۳) و غیرها باعتبار احتمال اسـتناد اللبن إلی تغیّر المرعی و الأمکنه و نحوها، فقـدّره الشارع بهـذه المدّه، لأنّها ممّـا یسـتکشف بهـا غالبـاً، و ما نقص عنها لا یحصل به الاسـتکشاف، و ما زاد علیها یحصل به الضـرر علی البائع، و فیها یحصـل الجمع بین الحقّین، و هی المدّه المضروبه فی غیره من

۱- القواعد ۲: ۷۷، إیضاح الفوائد ۱: ۴۹۷، جامع المقاصد ۴: ۳۴۹.

۲- التذکره ۱: ۵۲۷ س ۳۱، حکاه عن الحواشی للشهید فی مفتاح الکرامه ۴: ۶۴۹ س ۱۳.

۳- الشرائع ۲: ۳۷، القواعد ۲: ۷۷، التذکره ۱: ۵۲۶ س ۲۹، الإرشاد ۱: ۳۷۷، التنقیح ۲: ۷۹، الکفایه: ۹۴ س ۹.

الخیـارات، و حینئـذٍ فلاـ أثر للنقصـان فی الیوم الثانی ما لم یسـتمرّ إلی الیوم الثالث، و لا یعتبر نقصان الیوم الثالث وحـده و لا مع ضمّه إلی ما بعده، بل لا بدّ من التکرار فی المدّه لیوثّق بکون النقصان لیس لأمر عارضی.

و قـد یلوح من بعض کلاـم هؤلاـء ثبوت الخیـار بالنقصان فی الیوم الثالث وحـده لتعلیلهم عـدم الثبوت قبل الثلاثه بکونها المـدّه المضـروبه فی الشرع فلا یثبت قبلها، إلّا أنّ تعلیلهم .. اعتبار الثلاث باحتمال استناد تغیّر اللبن إلی العلف و الأمکنه ینافیه، و حینئذٍ فالفرق بین مدّه التصـریه و خیار الحیوان أنّ الخیار فی ثلاثه الحیوان فیها و فی مدّه التصریه بعدها، و الحمل علی التخییر فی آخر جزء من الثلاثه یوجب المجاز فیها.

و قد صرّح جمع منهم بثبوته حینئذٍ علی الفور حتّی ممّن قال فی غیره بالتراخی اقتصاراً علی المتیقّن.

و قد یحمل کلام المصـنّف و الجماعه علی أنّ التحدید بالثلاثه لمصـلحه المشتری، إذ قد یکون اللبن کثیراً جدّاً بسـبب التصریه، فلاـ ینکشف بالیومین بل لا بـدّ من الثلاثه، و لیس الغرض أنّ الثلاثه کلّها لا بـدّ أن تکون ظرفاً للاختبار فی سائر المقامات، کما یظهر ذلک من الشهید فی غایه المراد و المحقّق الثانی فی تعلیقه علی الإرشاد و الأردبیلی فی مجمع البرهان (۱).

و فی جامع المقاصد: أنّ المفهوم من النصوص و من إطلاق کلامهم، أنّ نقصان اللبن فی جزء من الثلاث موجب للخیار (۲).

و فی الدروس: فلو تساوت الحلبات فی الثلاثه أو زادت اللاحقه فلا خیار.

و لو زادت بعد النقص فی الثلاثه لم یزل الخیار (۳).

و حمل الزیاده بعد النقصان علی کونها بعد الثلاثه، خلاف الظاهر.

و بناءً علی هذا الوجه إن تساوت الحلبات تساویاً عرفیّاً فلا تصریه، و کذا إذا

۱- غایه المراد ۲: ۱۱۲، تعلیق الإرشاد (مخطوط): ۱۳۹، مجمع الفائده ۸: ۴۴۱.

۲- جامع المقاصد ۴: ۳۵۱.

۳- الدروس ۳: ۲۷۷.

کانت الحلبه الاولی ناقصه و ما عداها زائداً علیها، و أمّا إذا کانت الاولیان متساویتین و الأخیره ناقصه أو تساوت الاولی و الأخیره و نقصت الوسطی لم تثبت التصریه.

و یشکل ذلک کما فی مجمع البرهان باختلاف اللبن باختلاف الزمان و المکان و المأکول و المشروب (۱) فکیف تثبت التصریه بمجرّد نقصانه فی ضمن الثلاثه مع احتمال استناده إلی ما ذکر.

و اجیب بأنّه قد یحکم بها أهل الخبره من الرعاه و أصحاب البقر و الشاه مع فرض التساوی فی الامور الّتی لها مدخلیّه فی الغالب، و لا یلتفت إلی تلک الاحتمالات. و علیه منع ظاهر.

ثمّ إنّه علی تقدیر ثبوت التصریه بذلک، فهل الخیار حینئذٍ فی ضمن الثلاثه علی الفور، أو یمتدّ إلی آخر الثلاثه إلّا أنّه مقیّد بترک التصرّف بعد العلم و لو بالحلب و لو تصرّف سقط خیاره، أو یثبت له بعد الثلاثه فوراً مع الشرط المذکور و فی ضمن الثلاثه له الردّ بخیار الحیوان فقط بناءً علی عدم سقوطه بمثل هذا التصرّف؟ وجوه یستعلم حکمها ممّا سیأتی.

و فی الدروس: لو علم بها أی التصریه بعد العقد قبل الحلب تخیّر، قاله الفاضل مع توقّفه فی ثبوت الخیار قبل الثلاثه لو حلب (۲) انتهی. و ظاهره إنکاره علی العلّامه الفرق بین المقامین.

هذا کلّه إذا ثبت التصریه بالاختبار.

و أمّا إذا ثبت بالبیّنه و الإقرار، فهل یثبت الخیار له بمجرّد ذلک أو لا بدّ مع ذلک من الاختبار؟ قولان. و ظاهر أهل القول الثانی الاکتفاء بالنقصان فی الجمله فی ضمن الثلاثه فی ظهور التصریه المثبته للخیار و تحقّقها، و لم نجد مصرّحاً باعتبار الثلاثه فیما نحن فیه، کما تقدّم فی صوره ما إذا لم تسبق البیّنه و الإقرار.

و بناءً علی اعتبار الاختبار بکلّ واحد من الاحتمالین فلا أثر للبیّنه و الإقرار،

۱- مجمع الفائده ۸: ۴۴۱.

۲- الدروس ۳: ۲۷۹.

لأنّ المثبت إنّما هو الاختبار. و مبنى القول باشتراط الاختبار فى ثبوت الخيار و القول بعدمه، على أنّ زوال التصريه بعد ثبوتها رافع لحكم الخيار أو لا كالوجهين فى ارتفاع العيب قبل العلم به.

حجّه القائلين بالأوّل أنّ التصريه من حيث هى غير موجبه للخيار، بل هى موجبه لإظهار ما ليس فى المبيع من الصفات الّتى يوجب فواتها، فإذا وجد ما أظهر لم يكن له خيار، و مع الشكّ فى الوجود لا بدّ من الاختبار، لاحتمال ارتفاع التصريه بسبب تغيّر المرعى أو غيره أو هبهً من اللّه، فلا يثبت الخيار، لزوال الموجب.

و فيه: أنّ الأصل عدم الزوال، فله أن يفسخ فى الحال، غير أنّ فسخه يبقى مراعى إلى أن ينكشف الأمر و لعلّ أهل هذا القول يريدون أنّ استقرار الفسخ مشروط بالاختبار، و نسب هذا القول فى المسالك إلى الأشهر (۱).

و به صرّح فى المبسوط و الشرائع و الجامع و التحرير و الإرشاد و القواعد و التذكره و إيضاح النافع (۲) و قوّاه كاشف الرموز و صاحب الرياض (۳).

و حجّه القائلين بالثانى استصحاب بقاء الخيار.

و فيه: أنّ الخيار بعد لم يثبت حتّى يستصحب و ثبوته ظاهراً لا يفيد، و هو على خلاف القاعده، فيقتصر فيه على المتيقّن، و المتيقّن ما عدا هذه الصوره.

و نسب هذا القول إلى الشيخ فى الخلاف (۴)، و عليه ظاهر المصنّف فى نكت الإرشاد (۵)، و ظاهر المحقّق الثانى و الشارح فى المسالك (۶) التردّد.

ثمّ إنّه على كلّ من القولين من اعتبار الاختبار و عدمه، هل يثبت هذا الخيار على الفور، أو يمتدّ بامتداد الثلاثه مع ترك التصرّف بعد العلم و لو بالحلب، أو يثبت

۱- المسالك ۳: ۲۹۳.

۲- المبسوط ۲: ۱۲۵، الشرائع ۲: ۳۷، الجامع للشرائع: ۲۶۷، التحرير ۱: ۱۸۴ س ۳۱، إرشاد الأذهان ۱: ۳۷۷، القواعد ۲: ۷۷.

۳- كشف الرموز ۱: ۴۹۰، الرياض ۸: ۲۶۶.

۴- الخلاف ۳: ۱۰۶ المسأله ۱۷۳.

۵- غايه المراد ۲: ۱۱۲.

۶- جامع المقاصد ۴: ۳۵۱، المسالك ۳: ۲۹۳.

بعد الثلاثه فوراً، أو الثابت فیها خیار الحیوان فقط بناءً علی عدم سقوطه بمثل هذا التصرّف؟ وجوه، بل أقوال:

ذهب إلی الأوّل الشهید فی غایه المراد، حیث قال: و لو علم کونها مصرّاه قبل الحلب و بعد العقد ثبت له الخیار علی الفور (۱). و ظاهر التنقیح و إیضاح النافع موافقته (۲) اقتصاراً فیما خالف القاعده من لزوم العقد علی المتیقّن.

و ذهب إلی الثانی الشارح فی الشرح (۳) و المصنّف فی حواشیه علی القواعد، و هو الظاهر من عباره الدروس حیث قال: هذا الخیار علی الفور إذا علم به، و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثه إذا کانت ثابته، و إلّا فمن حین العلم (۴) انتهی. و مراده بالفوریّه إنّما هو بالنسبه إلی علمه به بعد الثلاثه، فلا ینافیه قوله بامتداده بامتداد الثلاثه.

و تردّد العلّامه فی التذکره بینه و بین الأوّل، قال: و لو أسقط خیار الحیوان، فإنّ خیار التصریه لا یسقط، و هل یمتدّ إلی الثلاثه أو یکون علی الفور؟ إشکال (۵).

و دلیلهم علی ذلک النصوص العامّیه عن النبیّ صلی الله علیه و آله: «من اشتری شاه مصرّاه فهو بالخیار ثلاثه أیّام إن شاء أمسکها و إن شاء ردّها (۶)». و قد عرفت أنّها لا تصلح للحجّیه، مع احتمال أنّ المراد بها خیار الحیوان، و لا إجماع فی المقام حتّی یستنهض به.

و الثمره بین ثلاثه الحیوان و ثلاثه التصریه علی الوجه الأوّل ظاهره، فإنّه یسقط خیار التصریه بالإخلال بالفوریّه و یبقی خیار الحیوان. و علی الثانی تظهر فیما لو أسقط أحدهما و أبقی الآخر.

و ذهب إلی الثالث المحقّق الثانی فی جامع المقاصد [قال] و الّذی ینبغی

۱- غایه المراد ۲: ۱۱۲.

۲- التنقیح ۲: ۸۰.

۳- الروضه ۳: ۵۰۳.

۴- الدروس ۳: ۲۷۹.

۵- التذکره ۱: ۵۲۶ س ۳۴.

۶- سنن البیهقی ۵: ۳۲۰، باب مدّه الخیار فی المصرّاه.

علمه هنا هو امتداد الخیار بامتداد الثلاثه لأنّه خیار الحیوان، کما صرّح به الشیخ، و تصرّف الاختبار مستثنی دون غیره، فمتی علم بالتصریه فشرط بقاء الخیار عدم التصرّف فإذا انقضت الثلاثه فالخیار علی الفور (۱).

و هو الظاهر من العلّامه فی التحریر، حیث إنّه بعد أن وافق الشیخ فی أنّ مدّه الخیار فی المصرّاه ثلاثه أیّام کغیرها من الحیوانات، قال بلا فصل: و یثبت علی الفور و لا یثبت قبل انقضاء الثلاثه علی إشکال (۲)، فلیس المراد بالفور إلّا بالنسبه إلی ما بعد الثلاثه.

و قد یستدلّ لذلک بأنّ المفهوم من کلام الأصحاب أنّ خیار التصریه محلّه بعد الثلاث مطلقاً، و أنّ الثلاث کما تعتبر لثبوت التصریه تعتبر لزوالها، و هو ممنوع کما عرفت من نقل کلام جمله منهم، و ستعرف أنّه فی صوره الثبوت بالبیّنه و الإقرار اکتفوا فی الاختبار بالنقصان فی الجمله و لم یعتبر أحد منهم الثلاث کما عرفت.

و أمّا کلام الشیخ فی المبسوط و الخلاف و ما فی الجامع و التحریر: من أنّ هذا الخیار ثلاثه أیّام مثلها فی سائر الحیوانات (۳)، فظاهرها تقیید خیار التصریه بالثلاثه مطلقاً سواء ظهرت بالاختبار أو غیره، و لیس بمراد قطعاً کما یقضی به ضمّ کلامهم بعضه إلی بعض.

بل المراد بیان أنّ الثلاثه لمکان خیار الحیوان فی مقابل ما روته العامّه، و ذهب إلیه بعض الأصحاب کما عرفت من أنّ الثلاثه للتصریه.

و قد استظهر ما ذکرناه فی غایه المرام من التحریر (۴)، و نقل التصریح به عن الشیخ فی الدروس (۵).

و علی کلّ حال فلیس فی ذلک دلاله علی ثبوت الخیار بعد الثلاث و عدم ثبوته.

۱- جامع المقاصد ۴: ۳۵۴.

۲- التحریر ۱: ۱۸۵ س ۶.

۳- المبسوط ۲: ۱۲۵، الخلاف ۳: ۱۰۳ المسأله ۱۶۸، الجامع للشرائع: ۲۶۷، التحریر ۱: ۱۸۵ س ۶.

۴- غایه المرام: ۲: ۷۳.

۵- الدروس ۳: ۲۷۹.

و ربّما تخيّل إرجاع القول بالفوريّه إلى القولين الآخرين، بأن يراد بالفوريّه ثبوته له فى ذلك الوقت و إن استمرّ إلى الثلاث، و يكون ذلك لمكان خيار التصريه فيرجع إلى القول الثانى، أو لمكان خيار الحيوان فيرجع إلى الثالث، مع احتمال أن يراد بالفوريّه معناها و لكن فيما بعد الثلاث فيرجع إليه أيضاً، و الكلّ من البعد بمكان.

و التحقيق أنّ هذا الخيار فرد من أفراد خيار الوصف كما عرفت.

فإذا قلنا باستثناء تصرّف الاختبار و إن كثر من السقوط بالتصرّف كان على الفور كغيره من خيار الوصف، اقتصاراً على المتيقّن من الخروج عن دليل لزوم العقد، و يبقى خيار الحيوان مستمرّاً إلى الثلاث.

و أمّا إذا لم نقل بتوقّف هذا الخيار على الاختبار، و لم يكن قد تصرّف، فلا إشكال.

و إن لم نقل باستثنائه كما هو الأقوى، كان مقتضى القاعده سقوط خيار التصريه بالنسبه إلى هذه الصوره بالكلّيه، و كذلك يسقط خيار الحيوان أيضاً، و لا نقول بثبوت خيار التصريه فيها فيما بعد الثلاث، لعدم الدليل عليه.

نعم فى صوره ما إذا لم يمكن الاختبار إلّا بمضيّ الثلاثه أيّام، نقول به للدليل.

اللّهمّ إلّا أن ينقّح مناطاً بين الصورتين، فيثبت فى الثلاث على الفور و إن تصرّف، و يسقط خيار الحيوان، و هو الأقرب.

و ابتداء ثلاثه التصريه من حين العقد لا من حين التفرّق كما نصّ عليه بعض الأصحاب.

[و يردّ معها اللبن حتّى المتجدّد]

قال المصنّف قدس سره: «و يردّ معها اللبن حتّى المتجدّد أو مثله لو تلف»

لا كلام فى وجوب ردّ اللبن الموجود بعينه حال العقد إذا لم يتغيّر. و قد حكى عليه الإجماع فى شرح الإرشاد للفخر (۱).

و لا ينافى ذلك ما فى المهذّب البارع من جعل ردّ اللبن مع وجوده محلّ خلاف و أنّ الأقوال فيه ثلاثه: ردّه فقط، و ردّه و صاعاً من حنطه أو تمر معه و نسبه إلى ابن

۱- حاشيه الإرشاد (مخطوط): الورقه ۵۱.

الجنيد، و ردّه و صاعاً من برّ لا تمر و نسبه إلى ابن البرّاج (١) فإنّ الأقوال الثلاثه كلّها مشتمله على ردّ اللبن الّذى قضى به الإجماع و إن قضى بعضها بردّ غيره معه.

و المنقول فى المختلف عن ابن الجنيد: إنّه إذا ردّ ما حلبه لم يكن عليه شى ء.

و عن القاضى: إنّه جزم بأنّه لا يجبر على أخذه بل له أخذ الصاع من التمر أو البرّ (٢)، و هو يخالف ما فى المهذّب (٣).

نعم فى كشف الرموز: لا خلاف فى أنّه مع وجود اللبن لا يلزم إلّا ردّه معها (۴) و هو ينافى ما فى المهذّب.

و باعتبار ما ذكرنا حمل جماعه كلام الشيخ فى المبسوط حيث قال: إذا كان اللبن باقياً لم يجبر البائع عليه، و إن قلنا: إنّه يجبر كان قويّاً (۵)، و كلام القاضى فى الكامل على ما حكاه عنه فى المختلف: من أنّه: لا يجبر (۶)- جازماً به على ما إذا كان قد تغيّر، إذ شأن اللبن ذلك غالباً و حينئذٍ قد لا يجبر أو يجبر مع الأرش، كما حمل كلام الشيخين فى المقنعه و النهايه حيث قالا: إلّا أنّه إذا ردّها ردّ معها قيمه ما احتلبه من لبنها بعد إسقاط قدر ما أنفق عليها إلى أن عرف على صوره التعذّر (٧).

و الدليل على وجوب ردّ اللبن حال العقد بعد الإجماع المنقول سابقاً كما عرفت: أنّه جزء من المبيع فإذا فسخ البيع ردّه كما ردّ المصرّاه.

و الروايات العامّيه (٨) و إن كانت صريحه بخلاف ذلك إلّا أنّها ساقطه عن الحجّيه كما عرفت.

و أمّا مع تعذّره فمذهب مشهور الأصحاب: أنّه يردّ مثله، فإن تعذّر فقيمته وقت الدفع و مكانه، كغيره من الأعيان المضمونه. و المخالف فى ذلك الشيخ فى

١- المهذّب البارع ٢: ۴١۵ و فيها .. (ب) يردّ معها لبنها أو عوضه من حنطه أو تمر .. (ج) يردّ معها عوض اللبن صاعاً من برّ أو تمر.

٢- المختلف ۵: ١٧۶.

٣- المهذّب ١: ٣٩١.

۴- كشف الرموز ١: ۴٧٩.

۵- المبسوط ٢: ١٢۵.

۶- بل حكاه عن المهذّب، راجع المختلف ۵: ١٧۶.

٧- المقنعه: ۵٩٨، النهايه ٢: ١۵٩.

٨- انظر سنن البيهقى ۵: ٣١٨.

الخلاف و المبسوط (۱)، و أبو علیّ علی مـا حکاه فی المختلف (۲)، و القاضـی فی المهذّب فیما حکی عنه (۳)، و ابن زهره و یحیی بن سـعید فقالوا: إنّه یردّ عوض اللبن صاعاً من برّ أو صاعاً من تمر (۴)، و زاد فی المبسوط: أنّه مع تعذّر الصاع تجب قیمته و إن أتی علی قیمه الشـاه و لاـ اعتبـار بفضل الأقوات، و اسـتدلّ علیه فی الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارهم، و فی الغنیه الإجماع علیه. و نقـل عن الشـیخ قول آخر: بأنّه مع ردّها یردّ معها ثلاثه أمـداد، و اسـتدلّ له صاحب الکفایه بحسـنه الحلبی السابقه قال: و الروایه مختصّه بصوره شرب اللبن، و لا یبعد العمل بمضمونها، لحسنها مع اعتضادها بغیرها (۵) انتهی.

و ظاهر الروایه (۶) ثلاثه أمداد من لبن، و قیل: من الطعام (۷)، و لا وجه له.

و قـد حمـل جمـاعه من المتـأخّرین کلام الجماعه علی ما إذا کان قـد تعـذّر و کان ذلک هو القیمه السوقیّه (۸) باعتبار مخالفته للقاعـده، لأـنّ المقـدّر من غیر المثـل فی المثلی لاـ وجه له خصوصاً إذا کان ممّا یزیـد و ینقص، و لو جعل کالقیمی وجب قیمه المثل و المثل لا معنی له مع کونه ممّا یزید و ینقص، مع مخالفته للمشـهور، بل کاد أن یکون إجماعاً، مع أنّ القاضی فی الکامل (۹) وافق المشهور، و الشیخ فی النهایه (۱۰) لا یأبی کلامه الحمل علی المشهور. فالإجماع المدّعی ممنوع، و الأخبار المرسله فی الخلاف (۱۱) لاـ یصـلح الاسـتناد إلیها، لما عرفت من اعتراف کثیر من الأصـحاب بعـدم وجود نصّ خاصّ فی الباب بعـد کمال الفحص و التتبع، مع خلوّ کتب الأخبار عنها.

۱- الخلاف ۳: ۱۰۴ المسأله ۱۶۹، المبسوط ۲: ۱۲۵.

۲- المختلف ۵: ۱۷۶.

۳- المهذّب ۱: ۳۹۱.

۴- الغنیه: ۲۲۳، الجامع للشرائع: ۲۶۷.

۵- الکفایه: ۹۴ س ۶.

۶- الوسائل ۱۲: ۳۶۰، ب ۱۳ من أبواب الخیار، ح ۱.

۷- حکاه فی مفتاح الکرامه عن الشیخ، راجع ج ۴ ص ۶۴۷ س ۱۸.

۸- لم نقف علیه إلّا فی المختلف ۵: ۱۷۶.

۹- حکاه عن الکامل فی المختلف ۵: ۱۷۵.

۱۰- النهایه ۲: ۱۵۹.

۱۱- الخلاف ۳: ۱۰۴ المسأله ۱۶۹.

و خبرا أبی هریره (۱) و إن دلّا علی ذلک إلّا أنّهما لمکان ضعفهما و اضطرابهما و سقوطهما عن الحجّیه حتّی مع الجابر و عدم الجابر لهما فی المحلّ مع مخالفتهما للقاعده و لخبر عبد اللّه بن عمر (۲) محمولان علی ما حمل علیه کلام الجماعه.

و عساک تقول: إنّ فتوی هؤلاء الجماعه و الإجماعین تجبر الأخبار المرسله فی الخلاف و الخبرین العامّیین.

و قد نسب فی المختلف نقل الإجماع إلی علمائنا فقال: و ما نقله علماؤنا من الصاع (۳) .. إلخ، فلا حاجه إلی التنزیل، و فیه ما عرفت.

و أمّا روایه الأمداد ففیها مع ما سبق: أنّها غیر مخصوصه بالمصرّاه و الأخذ بإطلاقها مخالف للإجماع. هذا کلّه بالنظر إلی الموجود حال البیع.

و أمّا بالنسبه إلی المتجدّد فی الثلاثه، فصریح المصنّف هنا و إیضاح النافع، و ظاهر المقنعه و النهایه و السرائر و التحریر و المفاتیح: أنّه یردّ أیضاً (۴) و نسبه الفخر إلی إطلاق الأصحاب. و فی مجمع البرهان: أنّه ظاهر عبارات المتون (۵).

و المبسوط و التذکره و شرح الإرشاد للفخر و التنقیح و جامع المقاصد و تعلیق النافع و المیسیّه و المسالک: لا یردّ (۶) و هو الأقوی. و فی جامع المقاصد: أنّ علیه الفتوی (۷). و استشکل فیه العلّامه فی القواعد و ولده فی الإیضاح و المصنّف فی الدروس (۸).

و جعل جماعه مستند الوجه الأوّل إطلاق النصّ (۹) و فیه: أنّه لا نصّ فی

۱- سنن البیهقی ۵: ۳۱۸.

۲- سنن البیهقی ۵: ۳۱۹.

۳- المختلف ۵: ۱۷۶.

۴- المقنعه: ۵۹۸، النهایه ۲: ۱۵۹، السرائر ۲: ۲۸۲، التحریر ۱: ۱۸۴ س ۳۰، مفاتیح الشرائع ۳: ۷۰.

۵- راجع مجمع الفائده ۸: ۴۳۸ ۴۳۹.

۶- المبسوط ۲: ۱۲۵، راجع التذکره ۱: ۵۲۷ س ۸ التنقیح ۲: ۸۰ جامع المقاصد ۴: ۳۴۸، المسالک ۳: ۲۹۲.

۷- جامع المقاصد ۴: ۳۴۸.

۸- القواعد ۲: ۷۶، إیضاح الفوائد ۱: ۴۹۶، الدروس ۳: ۲۷۷.

۹- راجع إیضاح الفوائد ۱: ۴۹۶ و الریاض ۸: ۲۶۷.

المسأله من طرقنا، و الأخبار الثلاثه فی الباب، الوارده من طرق العامّه علی فرض الاستناد إلیها لیس فیها تعرّض لردّ اللبن.

و لعلّ الوجه فیه أصاله عدم وجود لبن آخر، و إطلاق کلمات الأصحاب بردّ اللبن.

و فیه: أنّه لا ریب فی حصول العلم بالتجدّد بمقتضی العاده سیّما بالنسبه إلی الیوم الثالث فینقطع به الأصل، مع أنّ محلّ البحث، المتجدّد. نعم حیث یحصل الشکّ یتمسّک بالأصل، و مع العلم بالامتزاج یصطلحان، و أیضاً الحکم به قبل الانفصال مطلقاً للبائع، نعم حیث یمتزجان فی الخارج یتوجّه الصلح. و أمّا إطلاق کلام الأصحاب فالمتیقّن منه الموجود حال البیع، مع أنّ الناصّین علی العدم جمّ غفیر، فلا إجماع یعوّل علیه فی المقام.

و أمّا مستند القول الثانی فهو: أنّ الخراج بالضمان، و المتجدّد نماء ملک المشتری فلا یردّ.

و بنی المسأله فی الدروس و التنقیح علی أنّ الفسخ یرفع العقد من أصله أو من حینه (۱). و لا ریب أنّ فسخ العقد عندهم فی سائر المقامات إنّما یقع من حینه، مع أنّ استصحاب الآثار المترتّبه علی العقد یقضی بذلک. نعم لو قلنا بعدم انتقال المبیع فی زمن الخیار صحّ ذلک.

ثمّ إنّه علی القول بردّ المتجدّد فحیث یتعذّر یجی ء الخلاف السابق کما یقضی به إطلاق کلامهم هناک، و لا تکرّر له الصوع و الأمداد، و إذا تغیّر اللبن فأقوی الوجوه ردّه مع قیمه التفاوت کما فی التذکره و الدروس و جامع المقاصد و الشرح و المسالک و مجمع البرهان (۲) و غیرها، لأنّه مضمون علی المشتری، فإنّه جزء المبیع، هذا إذا لم تتفاوت قیم الأمثال.

و لو تفاوتت قیم الأمثال فإشکال. و ربّما احتمل ردّه مجّاناً کما احتمل

۱- الدروس ۳: ۲۷۷، التنقیح ۲: ۸۰.

۲- التذکره ۱: ۵۲۷ س ۶، الدروس ۳: ۲۷۷، جامع المقاصد ۴: ۳۴۸: الروضه ۳: ۵۰۲، المسالک ۳: ۲۹۳، مجمع الفائده ۸: ۴۳۹.

الانتقال إلى بدله.

و قال فى الدروس: لو اتّخذه جبناً فظاهر أنّه كالتالف (۱). و فيه: أنّه عين المـال. ثمّ قال: و لو قلنا بردّه فله ما زاد بالعمل. ثمّ اعلم أنّ هذا الخيار يسـقط بالتصرّف بغير الحلب كسائر الخيارات، نعم التصرّف بخصوص الحلب استثناه الدليل، فما صرّح به صاحب الحدائق من عدم سقوط خيار التدليس مطلقاً بالتصرّف مطلقاً (۲) لا وجه له.

و التصرّف بالحلب تسقط به جميع الخيارات ما عدا هذا الخيار.

فلو رضـى بالتصـريه ثمّ ظهر على آخر فإن كان قـد حلبها فلا ردّ. و لو تصـرّف باللبن بعقد صـلح أو اسـتحقاق بغير هذا البيع بأىّ ناقل كان، كان له الردّ بخيار الحيوان أو العيب أو غيرهما، و كذا جميع الخيارات الّتى تسـقط بالتصـرّف إذا اسـتند التصـرّف فيها إلى عقد آخر فلا يسقط الخيار.

و يسقط بعلم المنقول إليه، و الإسقاط، و اشتراط السقوط، و بالبراءه من جميع المناقص.

و لو ماتت الشاه المصـرّاه فلا شـى ء له كما فى القواعـد و التذكره و جامع المقاصد (۳) لأنّها من ضـمانه، و ظاهرهم أنّه ليس له الفسخ حينئذٍ. و قد يقال: إنّها لو ماتت بغير تفريط من المشترى فله الفسخ و دفع المثل أو القيمه كما تقدّم فى خيار الغبن.

و هـذا الخيار نوع من خيار الوصف و خيار الوصف أعمّ منه، و قـد يكون فرداً من المعيب كما إذا كان نقص اللبن متجاوز الحدّ بحيث يكون مخالفاً للعاده العامّه و يتخيّر حينئذٍ بين الردّ و الأرش.

۱- الدروس ۳: ۲۷۷.

۲- الحدائق ۱۹: ۹۷.

۳- القواعد ۲: ۷۷، التذكره ۱: ۵۲۸ س ۲، جامع المقاصد ۴: ۳۵۴.

[العاشر: خيار الاشتراط]

اشاره

قال المصنّف قدس سره:

«العاشر: خيار الاشتراط»

[الكلام يقع فى مقامات]

اشاره

الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامات:

[المقام الأوّل فى معنى الشرط]

المقام الأوّل فى معنى الشرط إنّ لفظ «الشرط» فى هذا المقام يحتمل أحد معنيين: إمّا ما ينتفى المشروط بانتفائه و كان هو ممّا يتوقّف عليه وجود المشروط و إن لم يلزم من وجوده وجود المشروط.

أو ما يلزم و يلتزم به، و كلاهما من المعانى و الحقائق العرفيه. و لكنّهم لمّا كانوا يستدلّون فى هذا المقام فى موارد المسأله بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (۱). فلا- بدّ من حمله على المعنى الأوّل، كما يظهر من كلام الأكثر و هو أشهر المعنيين و أكثرهما استعمالًا، لئلّا يلزم استعمال المشترک فى معنييه الحقيقى و المجازى.

و رجّح بعض المتأخّرين (۲) حمله على المعنى الثانى. و يشكل عليه أنّه بناءً على ذلک يقتضى وجوب الالتزام بكلّ ما التزم به المؤمن و لو بغير طريق الوعد، و لا قائل به من الأصحاب.

نعم بالنسبه إلى الالتزام بالوعد ذهب إليه الأردبيلى (۳)، و هو خلاف ما عليه الأصحاب.

۱- الوسائل ۱۵: ۳۰ ب ۲۰ من ابواب المهور، ح ۴.

۲- راجع الكفايه ص ۹۷ س ۲۲.

۳- مجمع الفائده ۸: ۱۴۷.

اللّهمّ إلّا أن يخصّص بما عدا ذلک، أو يدّعى أنّ المراد بالإلزام و الالتزام به فی ضمن العقد سواء علّق لزوم العقد و استمراره عليه أم لا ـ باعتبار ظهور لفظ «الشرط» فی الإلزام التابع المربوط بغيره، و التبعيّه و الارتباط حاصله فی المقام و إن لم يكن العقد مرتبطاً به، و بهذا يخرج الشرط المبتدأ، و لذلک عدّ من الشروط شرط الإحلال عند الصدّ فی الإحرام، و شرط الاعتكاف، و شرط الخدمه فی العتق، و الشروط فی النكاح.

و فيه: أنّه تقييد للنصّ من غير دليل، و الظهور المدّعى ممنوع، و سيأتی لهذا مزيد بيان.

ثمّ الظاهر أنّ المراد بالشرط فی هذا المقام ما كان من الشرائط المستقبله، دون الماضويّه و المقارنه كما ينبئ عنه اشتراط الإباحه و المقدوريّه و نحوهما، و يكون القسمان الآخران داخلين فی خيار الرؤيه أو الوصف أو العيب أو التدليس فی بعض الأحيان.

و ربّما جعلوا محقّق الوقوع المستقبل كطلوع الشمس قسيماً للشرط و سمّوه الصفه.

[المقام الثانی فی التعليق على الشرط]

المقام الثانی فی التعليق على الشرط فنقول: لا ريب أنّ الإنشاء لا يقبل التعليق بمعنى تعليق نفس الإنشاء، إذ ليس له مدلول وراء لفظه و إنّما يحصل بلفظه كالإخبار، فلو علّق كان كالإخبار بأنّه سينشئ بعد ذلک فلا إنشاء بالفعل. كما أنّه لا كلام فی قبوله التعليق بمعنى تعليق المنشأ سواء كان على معلوم الوقوع أو مظنونه أو مشكوكه، لأنّ المنشأ كما ينشأ مطلقاً مرّه و مقيّداً اخرى كذلک ينشأ معلّقاً مرّه و منجّزاً اخرى، و الترديد و التشكيک فی وقوع المعلّق عليه لا يقدح، فإنّه لا يعود إلى الإنشاء، لأنّ الإنشاء قد حصل الجزم به على أحد التقديرين، و كون كلّ واحد من التقديرين غير مجزوم به فی الواقع لا ينافی ذلک، و لهذا صحّ قوله: إن كان مالی الغالب سالماً فهذه زكاته و إلّا فنافله، فی باب العبادات الّتی شرطها الجزم بالنيّه.

و من ذلک دخول المأموم فی الصلاه مع الشکّ فی إدراک الإمام راكعاً

و الاستصحاب لا يفيد جزماً، و نحو ذلک.

نعم بالنسبه إلی العقود لا- يجوز فیها التعلیق و لو باعتبار المنشأ، لأنّها مبنیه علی وقوع آثارها من حینها، إمّا للإجماع علی ذلک، أو باعتبار أنّ مفاد صیغها ذلک، لا باعتبار منافاه الإنشاء التعلیق و لو باعتبار المنشأ، فإنّ ذلک فاسد کما عرفت.

و أمّا ما أجازه الأصحاب من صحّه إجاره الدار بعد سنه فلیس فیه منافاه لما ذکرنا من مقارنه وقوع آثار الصیغ لها، لأنّ ملکَ بعد سنهٍ حاصل للمستأجر الآن و تترتّب علیه ثمرات الملک.

و ما ادّعاه العلّامه من الإجماع علی صحّه التوکیل لو قال: أنت وکیلی فی بیع عبدی إذا قدم الحاجّ (۱) لا ینافی ما ذکرنا أیضاً، فإنّ قدوم الحاجّ قید للبیع لا للتوکیل، و لهذا نقل الإجماع، هو بنفسه علی عدم جواز التعلیق فی الوکاله علی شرط و لا وصف.

و لا فرق فی عدم جواز التعلیق فیها بین الصریح کالمعلّق علی شرط و شبهه، أو المعلّق بحسب القصد کبیع الفضولی معلّقاً له علی الإجازه بحسب قصده، أو بیع مال مورّثه معلّقاً له علی الموت کذلک، أو بیع ما شرطه الملک فیه القبض من صرف أو سلم معلّقاً للملک علی القبض و لو بالقصد.

نعم إذا جزم بالإیقاع کفی و إن کان متردّداً بالوقوع أو خالی الذهن، و لا یزید بمقارنه الصیغ لآثارها أزید من ذلک، و لذلک أنّ المغصوب یصحّ بیعه عندهم اکتفاءً بقصد النقل العرفی و یکتفون فیه بالجزم بالنسبه إلی ذلک، فتأمّل.

نعم التعلیق بالنسبه إلی شرط الشرط الأقوی جوازه، کما یدلّ علیه التعلیق علی ردّ الثمن فی شرط الخیار و اشتراط المؤامره.

و دعوی: الاقتصار فی ذلک علی خصوص المقامین أو علی خصوص شرط الخیار و إن کان بغیرهما، لا وجه له، و الغرر مندفع فی ذلک عرفاً، و یغتفر فی الثوانی ما لا- یغتفر فی الأوائل، و لیس فیه منافاه للجزم بمشروط الشرط الأوّل، و مع عدم حصول المعلّق علیه ینتفی المعلّق و لا یثبت له خیار بانتفائه.

۱- التذکره ۲: ۱۱۴ س ۲۸.

و دعوی: سرایه التعلیق إلی المشروط الأوّل، ممنوعه، و التعلیق علی المقارن المحقّق الوقوع لیس من التعلیق.

و ما یقال: إنّ الشرط عندکم ملکیه الشرط کما سیأتی و هی من المقارن المتحقّق الوقوع. فینبغی بناءً علی ذلک عدم البأس بالإتیان ب «إن» الشرطیّه و التعلیق علیها بالنسبه إلی ذلک و أنتم لا تقولون به.

قلنا: لا ریب أنّ الملکیه شی ء متأخّر عن التعلیق بالذات و مرتّب علیه، فإذا لم یصحّ التعلیق لم یقع ما هو المرتّب علیه، فهذا من باب التعلیق حقیقه، بخلاف الأوّل. نعم هو من باب دور المعیّه کما سیأتی، فتأمّل.

و الظاهر أنّ العقود لا یجوز فیها ما ظاهره التردید الصریح إجماعاً بل الشرط فی شرطها أن لا یفید التردّد، و لهذا جاز «بعتک بشرط کذا» و لا یصحّ «بعتک أن تفعل کذا» و إن کان لفظ الشرط و أداته بمعنی واحد، لأنّ الشرط فی القسم الأوّل من توابع العقد و لواحقه و بمنزله جزئه و أحد متعلّقاته حتّی قیل: إنّ الشروط فی البیع من صفات المبیع، و فی القسم الثانی متصوّر بالأصاله فلا یدخل کالشرط المنفصل متقدّماً أو متأخّراً.

هذا إذا لم تجعل الشرط بمعنی الإلزام و الالتزام.

أمّا إذا جعلناه بهذا المعنی فلا کلام، و الفرق ظاهر حینئذٍ بین لفظ الشرط، و أداه الشرط، فافهم.

و الظاهر أنّ الإیقاعات کالعقود فی عدم قبولها التعلیق إلّا ما کان الشرط فیه بمنزله المقوّم و کان بناؤه علیه غالباً، کما فی القَسَم و النذر و العهد و الظهار و نحوها، فإنّها قد شرّعت لمثل ذلک و فی الغالب یوجد فیها التعلیق.

و ربّما ادّعی بعض المتأخّرین عدم جواز التعلیق فیها کالعقود، و إنّما هی و العقود سواء، و إنّما یتراءی التعلیق فیها فهو تعلیق للمتعلّق، فالنذر لا تعلیق فیه و إنّما التعلیق للمنذور و هکذا. قال: و أمّا التدبیر فظاهر الأصحاب أنّه وصیّه لا تعلیق بالموت کما صرّح به الشهید فی القواعد (۱) انتهی.

۱- القواعد و الفوائد، القسم الأوّل: ۳۰۶، القاعده ۱۰۴.

و فيه: أنّه ليس محلّ البحث تعليق نفس الإنشاء، و إنّما الكلام فى تعليق المنشأ، و قد عرفت أنّ الثانى لا يجوز فى العقود و إن جاز فى بعض الإيقاعات، و أمّا الأوّل فلا يجوز فى الإنشاء مطلقاً، و لا كلام فيه.

نعم هذا التوجيه فى مقابله من يتخيّل تعليق نفس الإنشاء فى هذه المقامات و أنّ الشارع قد تعبّد بهذه الصوره و إن كانت من قبيل الإخبار، له وجه وجيه، فتأمّل.

[المقام الثالث الشروط فى العبادات الصرفه]

إنّ الشروط فى العبادات الصرفه غير شائعه، فشرط السفر و الحضر فى الصوم (۱) و شرط الاعتكاف (۲) و الإحرام (۳) على خلاف القاعده.

و الظاهر أنّ المراد فيها معنى الإلزام و الالتزام على سبيل الاستقلال لا على سبيل الربط و الانضمام، و يحتمل أن يكون صوريّاً محضاً.

و أمّا الإيقاعات فلا تدخل فيها الشروط، لأنّ الشرط بحكم العقد يستدعى إيجاباً و قبولًا، و لمنافاته لها إلّا فى العتق للدليل، و المراد بالشرط فيه ما سبق كما فى العبادات على الأقوى، و إلّا فيما كان الشرط فيه بمنزله المقوّم كما تقدّم.

و أمّا العقود فاللازم منها بالأصل لا كلام فى جريانه فيها، و فائدته الوجوب أو التسلّط على الخيار كما سيأتى.

و أمّا اللازمه بالعارض كالهبه المعوّضه و للرحم و للثواب فيجرى فيها حكم اللزوم الأصلى، و الفائده فيه هى الفائده فى الأوّل إلّا فى مثل الأخير، و مثله الوقف فإنّ الفائده فيه فيهما الوجوب لا غير، فلو أخلّ به فلا خيار. و الظاهر أنّه إنّما يعصى بتركه لا باستعمال الموهوب و الموقوف.

و تشكل الفائده حينئذٍ على القول بأنّ ثمره الشرط الخيار لا غير.

۱- راجع الوسائل ۱۰: ۱۹۵، ب ۱۰ من أبواب من يصحّ منه الصوم، ح ۱.

۲- راجع الوسائل ۱۰: ۵۵۲، ب ۹ من أبواب الاعتكاف.

۳- راجع الوسائل ۱۲: ۳۵۴، ب ۲۳ من أبواب الإحرام.

و أمّا العقود الجائزه من الجانبين و إن كانت فعليّه كالمعاطاه ففائده الشرط فيها الوجوب مع قيد الاستمرار على المشروط، فيكون من قبيل الوجوب الشرطى، و ربّما جعل فائدته منع التصرّف بدونه، و ربّما قيل: إنّ فائدته رفع الرجحان (۱) و هو غير بعيد.

و أمّا الجائزه من جانب و اللازمه من آخر، فيعلم حالها ممّا سبق.

[المقام الرابع الشرط المنفصل]

المقام الرابع إنّ المراد بالشرط فى هذا المقام هو المتّصل بالعقد المتأخّر عنه المقيّد له مظهراً أو مضمراً يشبهه، فالشرط المنفصل مطلقاً و المتّصل مع تقدّمه على العقد أو المستقلّ أو المضمر غير المدلول عليه بالقرينه الحاليّه أو المقاليّه لا يدخل تحت هذا العنوان.

أمّا عدم اعتبار المنفصل مطلقاً، فلعدم دخوله تحت الشروط، و لا خلاف فى عدم اعتباره على الظاهر، و ما يظهر من الشيخ فى النهايه (۲) من الاكتفاء بما ذكر بعد العقد فلا يبعد أن يكون مراده ما ذكر بعد الإيجاب، كما ذكره صاحب المدارك فى شرح النافع و قال: فلا يتحقّق الخلاف فى المسأله (۳).

و على ذلك تنزّل الأخبار (۴) الدالّه على ذلك.

و أمّا عدم اعتبار ما تقدّم، فلظاهر الإجماع، و منع صدق الشرط عليه، و للأخبار الكثيره المصرّحه بأنّ الشرط إنّما هو بعد النكاح المؤوّله بما بعد الإيجاب كما عرفت، بل ظاهر روايه ابن بكير هو ذلك، قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: إذا شرطت على المرأه شروطاً فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح (۵).

۱- لم نظفر بقائله.

۲- النهايه ۲: ۳۸۳.

۳- نهايه المرام ۱: ۲۴۷.

۴- راجع الوسائل ۱۴: ۴۶۸ و ۴۸۶، ب ۱۹ من أبواب المتعه، ح ۲ و ب ۳۲ منها، ح ۲.

۵- الوسائل ۱۴: ۴۶۸، ب ۱۹ من أبواب المتعه، ح ۱.

و نقل المحقّق فی الشرائع قولًا عن بعض الأصحاب بلزوم إعاده الشرط بعد العقد و إن ذکره فی العقد (۱) و لعلّه ناظر إلی هذه الروایه، و هو بعید.

نعم ظاهر الروایه أنّ الشرط المتقدّم إن کان مبنیّاً علیه عند العقد اعتبر و رجع إلی المقارن، و إلّا فلا اعتبار به، و أمّا الشرط المستقلّ الغیر المقیّد للعقد کما فی شرائط النکاح، فالظاهر عدم دخوله تحت عنوان الشرط فی هذا المقام و عدم شمول أدلّه الشروط له، کما یظهر من المشهور و سیأتی لذلک مزید بیان.

و أمّا الشرط المضمر الّذی لم تدلّ علیه القرینه و لم یقصد من اللفظ، فلا خلاف فی عدم اعتباره و لا یدخل تحت دلیل الشروط، بل هو من قبیل الدواعی الّتی لا تؤثّر شیئاً بالنسبه إلی العقد.

و ربّما یظهر من کثیر من عباراتهم فی کثیر من المواضع عدم اعتبار ما اضمر فی العقد إضماراً و بنی علیه العقد لقرینه حالیّه أو مقالیّه، و أنّ الشرط بمنزله الصیغه لا بدّ من التصریح بها، و لا یبعد اعتباره، لدخول ذلک تحت إطلاق الشروط فتشمله الأدلّه، و لأنّ أمر الشرط لا یزید علی العوضین و هما کافٍ فی ذلک منهما و إلّا لما اکتفی ب «قبلت» وحدها.

[المقام الخامس الشروط لیست کأحد العوضین]

المقام الخامس إنّ الشروط لیست کأحد العوضین فی جمیع الأشیاء و إن اشتهر ذلک علی ألسنه الفقهاء، فإنّ المراد بذلک شبهها بالعوض فی بعض الوجوه کثبوت الخیار عند عدمها کما فی تبعیض الصفقه و أمثال ذلک، و لذلک تصحّ فی المنافع و الحقوق و لا یقسّط علیها الثمن و إن تفاوت الثمن و المثمن بسببها نقصاً و زیادهً من البائع و المشتری کالأجل، و یجتزی فیها من العلم بما یجتزی به فی الصلح و المعاطاه و العقود الجائزه، کما ینبئ عن ذلک شرط ضمان الغرامه، و اشتراط الحمل، و إسقاط الخیارات، و شرط النفقه للخادم، و مئونه الدابّه، و أنّ کلّ ما یعترضه

۱- الشرائع ۲: ۳۰۶.

للمعامله بينهما، و شرط الزكاه على المشترى من خارج الزرع، و شرط اجره الوزّان و الميزان و النقّاد و الكيّال و الكيله و نحوها.

و دعوى: خروج ذلک كلّه بالدليل، لا وجه له، و منشأ ذلک عموم أدلّه الشروط بل و عموم أدلّه العقود بالنسبه إليها و إن تقيّدت بالنسبه إلى أنفسها، كما فى البيع بنواهى الغرر.

فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من أنّ الشرط بمنزله الثمن، فيكون حكمه حكمه على اختلاف أحكامه باختلاف العقود، فيعتبر فى شرط البيع ما يعتبر فى ثمنه، و فى شرط الصلح ما يعتبر فى ثمنه و هكذا لا دليل عليه، كخيال أنّه كالثمن فى البيع مطلقاً و لا يختلف باختلاف العقود، فيكون فى باب الصلح أسوأ من ثمنه، فإنّه بعيد جدّاً و لا تساعده ظاهر المنزله.

و من هنا يعلم أنّه بالنظر إلى القدره على التسليم و غيرها يغتفر فيها ما لا يغتفر فى أحد العوضين، فتأمّل.

[يصحّ اشتراط سائغ فى العقد]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «و يصحّ اشتراط سائغ فى العقد إذا لم يؤدّ إلى جهاله فى أحد العوضين أو يمنع منه الكتاب و السنّه كما لو شرط تأخير المبيع أو الثمن ما شاء أو عدم وطء الأمه أو وطء البائع إيّاها»

هذا الضابط للشرط نصّ عليه جماعه من الأصحاب، كالمحقّق و العلّامه (۱) و غيرهما، و نسبه فى المهذّب البارع إلى علمائنا (۲) و قال فى الكفايه: لا أعلم فيه خلافاً (۳).

و ربّما قيل: إنّ القيد الثانى فيه مغنٍ عن الأوّل، لأنّ معامله الغرر منهيّ عنها فى السنّه (۴).

و فسّر جماعه من المحقّقين المخالفه للكتاب و السنّه بكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، بأن يقتضى عدم ترتّب الأثر الّذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه و رتّبه عليه.

۱- الشرائع ۲: ۳۳، القواعد ۲: ۹۰.

۲- المهذّب البارع ۲: ۴۰۸.

۳- الكفايه: ۹۷ س ۱۴.

۴- المسالک ۳: ۲۶۸.

قال فی المسالک: و یشکل باشتراط عدم الانتفاع زماناً معیّناً فإنّ مقتضی العقد إطلاق التصرّف فی کلّ وقت، و باشتراط إسقاط خیار المجلس و الحیوان و ما شاکل ذلک ممّا أجمع علی صحّه اشتراطه (۱) انتهی.

و قال المصنّف فی القواعد: کلّ عقد شرط فیه خلاف ما یقتضیه مع کونه رکناً من أرکانه فهو باطل کالبیع، و اشتراط نفی تسلیم المبیع إلی المشتری و الثمن إلی البائع أو الانتفاع بأحدهما للمنتقل إلیه و إن لم یکن من أرکانه و لکنّه من مکمّلاته کاشتراط نفی خیار المجلس و الحیوان فعندنا یصحّ، لأنّ لزوم العقد هو المقصود الأصلی و الخیار عارض. و منعه بعضهم، لأنّ الغرض من إدخال الخیار هنا التروّی و استدراک الفائتات فهو من مقاصد العقد، فاشتراط الإخلال به إخلال بمقاصد العقد. قلنا: هو المقصود بالعقد الثانی لا الأوّل (۲) انتهی.

و ربّما ذکروا من جمله ما خالف الکتاب و السنّه المعاصی و القبائح، مثل أن یشترط الزنا و شرب الخمر و نحو ذلک.

ثمّ إنّ أمثلتهم الّتی للمشروع و غیر المشروع و المنافی لمقتضی العقد و غیر المنافی غیر متوافقه، و کلماتهم فی تلک الأمثله متخالفه.

[تفصیل المقام أنّ الشروط أقسام]

اشاره

و تفصیل المقام أنّ الشروط أقسام:

[أحدها: المؤکّدات]

أحدها: المؤکّدات و هی ما یذکر فیها مقتضیات العقد لدخولها فی المعنی کالخروج عن ملک الناقل و الدخول فی ملک المنقول إلیه أو فی اللوازم لمقتضی العقد کملکیّه النماء و الشرکه فی الشرکه و المزارعه و نحوها و التسلّط علی التصرّف و القبض و الإقباض و المنفعه و القسم (۳) و نحوها، أو فی بعض الزمان کخیار المجلس و الحیوان، أو فی الاتّفاقیات کخیار العیب و الغبن و الرؤیه و الوصف و التأخیر و التدلیس و نحوها.

۱- المسالک ۳: ۲۶۹.

۲- القواعد و الفوائد ۲: ۲۴۲، القاعده ۲۴۲.

۳- کذا و الظاهر: القسمه.

و هـذه الشـروط وجودها كعـدمها كما فى القواعـد (۱) و لا تفيـد شـيئاً كما فى التـذكره (۲) و لاـ تفيـد نفعاً و لا ضـرّاً كما فى المبسوط (۳) و أكثر من تأخّر.

و فى الغنيه: لا خلاف فى صحّه أن يشترط فى العقد ما يقتضيه (۴).

[ثانيها: ما يذكر فيه مقتضيات الصحّه]

ثانيها: ما يذكر فيه مقتضيات الصحّه كالقدره و المنفعه و العلم و الإباحه و الطهاره على تفصيل سبق و نحوها، و هو كسابقه.

[ثالثها: المؤسّسات]

ثالثهـا: المؤسّـسات و هى مـا قضـى بها الشـرط من المباحات ممّا فيه مصـلحه المتعاقـدين أو أحـدهما من جهه العقـد كالرهن و الضـمان و الخيار و الأجل و الشـهاده أو من جهه متعلّقه كصباغته و خياطته و تطهيره و صقله و نقله و ضبطه و حفظه و بيعه على غير البـائع و عتقه و إجـارته و إعـارته و مكاتبته و تـدبيره و وقفه و التصـدّق به و نحوها، أو من خارج كاشتراط مال أو منفعه أو عمل من الخارج أو عقد كبيع أو إجاره أو صلح أو قرض أو اقتراض أو نحوها.

و قـد نقل الإجماع فى القواعـد (۵) على الأـوّلين، و لكن فى الثـانى بالنسـبه إلى الصـفه المقصوده من الخيـاطه و الكتابه كما فى التنقيح (۶) و قال: عندنا و عند الشافعى فى التذكره (۷).

و فى الغنيه: لا خلاف فى صحّه الشرط الّذى للمتعاقدين مصلحه فيه. و فيها: الإجماع على صحّه اشتراط ما يمكن تسليمه نحو أن يشترى ثوباً على أن يخيطه البائع أو يصبغه أو أن يبيع شيئاً آخر أو يبتاع منه أو أن يشترط على مشترى العبد عتقه (۸).

و فى السرائر: لا خلاف فى أنّه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدوره له (۹).

و فى المبسوط و غايه المراد و المهذّب البارع و إيضاح النافع و المسالك

۱- القواعد ۲: ۸۹.

۲- التذكره ۱: ۴۸۹ س ۳۶.

۳- لم نجد التصريح به، انظر المبسوط ۲: ۱۴۹.

۴- الغنيه: ۲۱۵.

۵- القواعد ۲: ۸۹.

۶- التنقيح ۲: ۷۰.

۷- التذکره ۱: ۴۸۹ س ۳۸.

۸- الغنیه: ۲۱۵ لکن صرّح فیها بالخلاف فی المسأله الثانیه.

۹- السرائر ۲: ۳۲۶.

الإجماع على صحّه اشتراط عتق العبد (۱).

و فى غايه المرام: نفى الخلاف فيه (۲).

و فى التذكره بالنسبه إليه و إلى جميع أفراد القسم الأخير قال: عندنا فى عدّه مواضع (۳) و ظاهرها و ظاهر المهذّب البارع الإجماع على صحّه الكتابه (۴).

و فى غايه المرام: لا خلاف فى صحّه اشتراط التدبير (۵).

و ظاهر التذكره الإجماع عليه أيضاً و على الوقف و الصدقه (۶).

و فى الخلاف: يجوز أن يبيع داراً على أن يقرضه المشترى ألف درهم أو يقرضه البائع ألف درهم و نقل الإجماع (۷).

و فى الانتصار: ممّا انفردت به الإماميّه جواز أن يبتاع الإنسان من غيره متاعاً أو غيره نقداً و نسيئهً على أن يسلف البائع شيئاً أو يقرضه مالًا إلى أَجل أو يقترض منه (۸) ثمّ ادّعى الإجماع.

و فى المختلف: المشهور بين علمائنا الماضين و من عاصرناهم إلّا من شذّ أنّه يجوز بيع الشى ء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشترى شيئاً، لأنّهم نصّوا على جواز أن يبيع الإنسان شيئاً و يشترط الاقتراض و الاستقراض و الإجاره و السلف و غير ذلک (۹) انتهى.

و أنت خبير بأنّ عمومات الشروط قاضيه بجميع ذلک مع ما عرفت من اتّفاق الأصحاب و لا مانع منه، فالقول به متعيّن.

نعم بالنسبه إلى شرط الخيار كلام تقدّم سابقاً، و الإجماع منقول عليه فى التذكره (۱۰) و الإحقاق (۱۱) و غيرهما.

۱- المبسوط ۲: ۱۴۹، غايه المراد ۲: ۱۹، المهذّب البارع ۲: ۴۰۱، المسالک ۳: ۲۷۰.

۲- غايه المرام ۲: ۶۱.

۳- راجع التذكره ۱: ۴۸۹، ۴۹۲، ۴۹۳.

۴- انظر التذكره ۱: ۴۹۳ س ۱۸، المهذب البارع ۲: ۴۰۵.

۵- غايه المرام ۲: ۶۳.

۶- التذكره ۱: ۴۹۳ س ۲۱ و ۲۲.

۷- الخلاف ۳: ۱۷۳، المسأله ۲۸۳.

۸- الانتصار: ۴۴۴.

۹- المختلف ۵: ۳۰۰.

۱۰- التذكره: ۵۱۹ س ۲۰.

۱۱- كذا، و لم نقف فى الكتب الفقهيّه على كتابٍ مسمّى به.

[رابعها: اشتراط ما لا نفع فيه]

رابعها: اشتراط ما لا- نفع فيه ممّا لا يتقوّم شرعاً و لا يتعلّق به غرض عرفاً و إن كان نادراً و من هنا كان دائره الشرط أوسع من دائره البيع، و أنّه يغتفر فى الثوانى ما لا يغتفر فى الأوائل كاشتراط الحشرات من الحيوان كالخنافس و الديدان حيث لا يتعلّق بها غرض أو ما لا- نفع فيه من غير الحيوان كذلك و ذلك (۱) و على هذا ينزّل كلام الشيخ فى المبسوط و القطيفى فى إيضاح النافع و غيرهم، حيث قال: إنّ الشرط الّذى لا يقتضيه العقد و لم تتعلّق به مصلحه المتعاقدين و لم يبن على التغليب يكون باطلًا (۲) انتهى.

و فى التذكره بعد أن ذكر مثل عباره الشيخ قال: إنّ ذلك جائز عندنا إن لم يخالف المشروع و لم يناف العقد (۳) انتهى.

و لعلّه يريد ما لا يتعلّق به مصلحه المتعاقدين للعقد لا مطلقاً كما يشعر به كلامه، أو يريد به المتقوّم شرعاً فيرتفع التنافى، لأنّ غير المتقوّم الّذى لا يتعلّق به غرض و لو نادراً يمكن إدراجه فيما خالف المشروع.

و ما فى التذكره: أنّه لو باعه شيئاً بشرط لا يقتضيه العقد و لا ينافيه و لا يتعلّق به غرض يورث النزاع و التنافس: كأن يشترط أن لا يأكل إلّا الهريسه و لا يلبس إلّا الخزّ فهذا الشرط لا يقتضى فساد العقد عندنا، و هل يلغو أو يفيد التخيير؟ الأقوى الثانى، قال: و كذا لو باع بشرط أن يصلّى النوافل أو يصوم غير شهر رمضان أو يصلّى الفرائض فى أوّل أوقاتها (۴) انتهى، لا- ينافى ذلك، لتقييده نفى الغرض بالّذى يتعلّق به التنازع و التنافس لا مطلقاً كما ترشد إليه أمثلته أخيراً، فتأمّل.

و الدليل على فساد هذا الشرط عدم دخوله تحت قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (۵) و تحت قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۶) و لا أقلّ من الشكّ فيرجع فيه إلى الأصل من عدم لزوم الشرط.

۱- كذا، و الظاهر زياده: و ذلك.

۲- المبسوط ۲: ۱۴۹.

۳- التذكره ۱: ۴۸۹ س ۳۹.

۴- التذكره ۱: ۴۹۳ س ۲۳.

۵- الوسائل ۱۵: ۳۰، ب ۲۰ من أبواب المهور، ح ۴.

۶- المائده: ۱.

مضافاً إلى أنّه شرط حرّم حلالًا، إذ ليس الغرض منه إلّا مجرّد تحريم الحلال، و ما كان كـذلك كان باطلًا حتّى فى مثل النذر و ما بحكمه، إلّا مع شروطه الخاصّه.

و قد يقال: إنّ اشتراط التروك كلّها من هذا القبيل، لأنّها لا تملك و لا يصالح عليها، و الشـرط لا بدّ أن يكون مملّكاً لأنّه كجزء من العقد، و حيث لا ملك فليس فائدته إلّا مجرّد تحريم الحلال.

و فيه نظر، فإنّ الأغراض بالتروك كثيره، إلّا أن يدّعى قيام الإجماع على كون الشروط مملّكات، أو يدّعى فهم ذلك من دليلها.

قال بعض المحقّقين: إنّ المتبادر من أدلّه الشـروط و قولهم عليهم السـلام: «المؤمنون عند شـروطهم» و نحوه، هو ما كان له تعلّق بالعقـد و يكون ممّا يؤول نفعه للمتعاقـدين، فإذا لم يتعلّق غرض لأحـدهما أو كليهما بالشـرط من حيث المنافع الدنيويّه الّتى هى موضوع تلك العقود غالباً فينحصـر الغرض فى إيجاب المباح أو تحريمه مثلًا فيخرج من مـدلول أدلّه الشـروط، فيثبت بطلانه من هذه الجهه، فيكون الاسـتثناء فى قوله عليه السلام: «إلّا ما حرّم حلالًا أو حلّل حراماً» مخصوصاً بالأفراد الّتى لها مدخليّه فى غرض المتعاقدين (۱) انتهى.

و كأنّه يريـد أنّ الشـرط ليس كالنذر و أخويه يلزم مطلقاً فيما ينعقد به، بل إنّما يلزم بما يعود غرضه إلى المتعاقدين من الماليّات و ما بحكمها، لأنّ الفرع لا يزيـد على الأصل و أصـله الّذى هو العقد عقد معاوضه متعلّقه بالماليّات، فليس المدار عنده على كلّ شى ء فيه غرض يعود للمتعاقدين و لو كان نادراً، بل مختصّ بما يتعلّق بالمال و ما بحكمه، و هذا غير ما كنّا نقول.

و قد ينزّل عليه كلام الشيخ فى المبسوط (۲) و من تبعه، و ذلك لأنّ دعوى عدم شمول أدلّه الشرط لذلك محلّ منع.

و بما ذكرنا يندفع ما يقال: إن أكثر الشروط السائغه المتّفق على جوازها ممّا

۱- رساله الشروط، المطبوعه مع غنائم الأيّام ص ۷۳۲.

۲- راجع المبسوط ۲: ۱۴۹.

حرّمت حلالًا فعلًا أو تركاً، فإنّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مثلًا مباحٌ، و لو شرط فى ضمن عقد بيع آخر يصيرُ واجباً، و الغالب فى الشرط إيجاب ما ليس بواجب كالنذر و العهد و نحوهما من الأسباب الشرعيّه المغيّره للحكم، مع أنّه قد صرّحت روايه إسحاق بن عمّار (۱) و غيرها باستثناء الشرط المحرّم للحلال من حكم الشروط، فيشكل التوفيق بين الروايات و كلام الأصحاب.

و وجه الاندفاع ظاهر كما عرفت من أنّ المراد من تحريم الحلال ما كان الغرض منه مجرّد ذلك، و هذا لا ينافيه كلام الأصحاب.

و دعوى: أنّ ذلک خلاف الظاهر من العباره، ممنوع، و لا حاجه إلى تعسّف حمل الروايات على صوره اشتراط أن يكون الحلال شرعاً حراماً شرعاً ممّا ليس مقدوراً للمكلّف فإنّ ذلک بعيد جدّاً، و لا إلى تخصيص الحلال بخصوص الواجبات كتحليل الحرام، فإنّه خاص بالمحرّمات بقرينه المقابله و يكون المراد اشتراط ترک الواجبات، فإنّه خلاف الظاهر أيضاً مع أنّه داخل فى الثانى.

و قال بعض المحقّقين: الظاهر من تحريم الحلال و تحليل الحرام هو تأسيس القاعده، و هو تعلّق الحكم بالحلّ أو الحرمه بفعل من الأفعال على سبيل العموم من دون نظر إلى خصوص فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلّف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّى و هكذا حلّيه البيع، فالتزويج و التسرّى مثلًا أمر كلّى حلال و التزام تركه مستلزم لتحريمه، بل و كذلک جميع الأحكام الشرعيّه من الطلبيّه و الوضعيّه و غيرها، و إنّما يتعلّق الحكم بالجزئيّات باعتبار تحقّق الكلّى فيها.

فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهىّ عنه هو أن يحدث قاعده كلّيه و يبدع حكماً جديداً فقد اجيز فى الشرع الشروط إلّا شرطاً أوجب إبداع حكم جديد كلّى مثل تحريم التزويج و التسرّى و إن كان بالنسبه إلى نفسه فقط. و فيما لو شرطت عليه أن لا يتزوّج عليها فلانه أو لا يتسرّى بفلانه خاصّه إشكال. فلزوم البيع الخاصّ الّذى يشترطانه فى عقد بيع ليس ممّا يوجب إحداث حكم

۱- الوسائل ۱۵: ۵۰، الباب ۴۰ من أبواب المهور، ح ۴.

للبیع و لا- تبدیل حلال الشارع و حرامه، بخلاف ما کان التزامه و الاستمرار علیه من المحرّمات و هو فعل المرجوحات و ترک المباحات و فعل المستحبّات، کأن یشترط تقلیم الأظفار بالسنّ أبداً أو أن لا یلبس الخزّ أو لا یترک النوافل، فإنّ جعل المکروه أو المستحبّ واجباً و جعل المباح حراماً حرام إلّا برخصه من الشارع حاصله من أحد الأسباب کالنذر و العهد و الیمین فیما تنعقد فیه، و ممّا یشیر إلی ما ذکرنا ما ذکروه فی باب الصلح، فإنّهم بعد ما رووا عن النبیّ صلی الله علیه و آله: «أنّ الصلح جائز بین المسلمین إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالًا» فسّروا تحلیل الحرام بالصلح علی استحقاق حرّ أو استباحه بضع لا سبب لإباحته غیره أو لیشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلک، و تحریم الحلال بأن لا یطأ أحدهما حلیلته أو لا ینتفع بماله و نحو ذلک.

و بالجمله اللزوم الحاصل من الشرط لما یشترطانه من الشروط الجائزه و نحو ذلک علی سبیل القاعده، بل یحصل من ملاحظه جمیع موارده حکم کلّی هو وجوب العمل علی ما یشترطانه، و هذا الحکم أیضاً من جعل الشارع فقولنا: العمل علی مقتضی الشروط الجائزه واجب، حکم کلّی شرعی، و حصوله لیس من جانب شرطنا حتّی تکون من باب تحلیل الحرام أو تحریم الحلال، بل إنّما هو صادر من الشارع مستقلًّا (١) انتهی ملخّصاً.

و حاصله: الفرق بین ما یحدث حکماً کلّیاً و ما یحدث حکماً جزئیّاً و أنّ الأوّل مطلقاً باطل دون الثانی، و هذا الفرق لا وجه له و لا دلیل علیه، و دعوی: ظهور الکلّی من تحریم الحلال و تحلیل الحرام، ممنوع إلّا أن یرجع إلی ما تقدّم، فتأمّل.

[خامسها: ما یذکر فیه المنافیات للعقد]

خامسها: ما یذکر فیه المنافیات للعقد و هو ما ینافی القسمَ الأوّل من المقتضیات إمّا بشرط عدمه أو ما یقتضی عدمه کعدم التصرّف عامّه أو خاصّه علی المالک أو التصرّف بالوطء و نحوه للبائع أو غیره ممّن لا یملک. و القسمَ الثانی و هو اللازم علی الدوام. أمّا اشتراط نفی البواقی أو ما یقتضی نفیها فلیس بمنافٍ.

١- رساله الشروط، المطبوعه مع غنائم الأیّام: ٧٣٢.

و من هنا ظهر أنّ ما كان منافياً لصوره العقد كاشتراط أن يكون البيع إجاره و الدوام متعه و المضاربه شركه و السلم نقداً و بالعكس و نحو ذلك لا يجوز، و كذلك ما كان منافياً لمعنى العقد كاشتراط تمليك العين بالإجاره و بعض رأس المال بالمضاربه و المنافع بالوديعه و نحوها، و كذلك ما كان منافياً للوازم العقد كاشتراط بقاء سلطان البائع على العين بعد بيعه و المؤجر على المنفعه بعد إجارته و الراهن على الرهن بعد رهانته و نحوها، و كذلك ما كان منافياً لمقتضيات العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالكلّيه أو فى بعض مقامات الخصوصيّه كأن لا يبيع و لا يعتق و لا يؤجر و نحوها، و من ذلك ما لو شرط عدم الخساره على المشترى كما صرّح به الأكثر.

و لكن فى الصحيح قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام [عن الرجل] أبتاع منه متاعاً على أن ليس علىَّ منه وضيعه هل يستقيم هذا، و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى (۱) و ظاهره الكراهه إلّا أنّه باعتبار مخالفته للقاعده و فتوى الأكثر مصروف إلى التحريم.

و ربّما ادّعى بعض المتأخّرين (۲) عدم ظهور لفظ «لا ينبغى» فى الكراهه، لاستعمالها كثيراً فى التحريم.

و من هذا الباب ما كان منافياً لحصول الغرض بالعقد من حينه كاشتراط البيع حال الابتياع و الإجاره حال الاستئجار و نحوهما على إشكال. و يكون عدم جواز شرط البيع فى البيع فى بعض الصور على وفق القاعده لا للدليل.

و هل اشتراط نفى التصرّف الخاصّ المقيّد كاشتراط أن لا يبيعه من زيد مثلًا أو لا يهبه من عمرو منافٍ لمقتضى العقد، كاشتراط نفى التصرّف الخاصّ المطلق كاشتراط أن لا يبيع أو يهبَ؟ وجهان، و الأقوى العدم. و ليس منه مثل اشتراط المرأه على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أو اشتراط أن لا يتزوّج عليها ثانيه

۱- الوسائل ۱۲: ۴۰۹، ب ۳۵ من أبواب أحكام العقود، ح ۱.

۲- هو المحدّث البحرانى فى الحدائق، راجع ج ۲ ص ۱۴۴ و ج ۴ ص ۱۵۳ و ۳۶۰.

و نحو ذلـک، فإنّ أمثال هـذه الأشـياء من الأحكام الخارجه عن العقـد اللاحقه به، لا من لوازمه المتولّـده منه الحاصـله بسـببه، و ذلک هو معنى الاقتضاء، لا مطلق الارتباط و التعليق.

فعلى مـا ذكرنا اشتراط التصـرّف العامّ و الخاصّ لا منافاه فيه، و اشتراط نفى التصـرّف عامّاً أو خاصّاً ليس بجائز. و اسـتلزام تعيين التصـرّف نفى غيره غير ضارّ، لأنّ المملوک له و عليه هو التصـرّف، و المنافع المتعدّده كالأعيان المتعدّده إذا اسـتلزم أخذ بعضها تلف الباقى، و ليس فيه حرج.

أمّـا عـدم التصـرّف فلا يـدخل فى الملک، و ليس من التخصـيص كالتصـرّف الخاصّ، فيفرّق بين شـرط البيع و العتق و الوطء و السكنى فى موضع و بين نفى شى ء منها.

أ لا ترى أنّ اشتراط جميع التصرّفات لا عيب فيه، و اشتراط كلّيه العدم مناف.

و بـالجمله المقصود فى اشتراط البيع و العتق و نحوهمـا هو إخراج الملک أو المنفعه من يـد المشترى بقصـده (۱) و اختياره فهو مؤكّد للملک و السـلطان، و ممنوعيّته عن التصـرّف الّذى هو مقصود البائع بالذات هو عدم التصـرّف فى حال عدم الملک لا مع ثبوته، و فى الأمثله الاخر هو ممنوعيّته فى حال الملک، مع أنّه لو سـلّمنا عدم منافاه ذلک لمقتضى العقد. نقول: إنّ اشتراط آحاد التصـرّف أو عمومه اشـتراط لفعـل من أفعـال المكلّف يمكن نقله بالإجـاره و الصـلح و الجعـاله و غيرهـا، بخلاـف اشـتراط نفى التصـرّف خاصّه و عامّه، فإنّه من الأعـدام و لا تتعلّق به صـفه الملک الوجوديّه، و الشـرط عندهم بحكم الجزء من العقد و داخل فى قسم النواقل و المملّكات، فلا يتعلّق بالمعدومات و المتعلّق فى الأوّل هو الموجود و العدم تابع و فى الثانى بالعكس، فتأمّل.

نعم قد يظهر من التذكره فى باب الإجاره الإجماع على صحّه اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيّناً (۲) و هو ممنوع.

۱- فى نسخه: بعده.

۲- التذكره ۲: ۲۹۷ س ۲۹.

و من هنا تبيّن فساد ما اورد على الأصحاب من المطالبه بالفرق بين ما عدّوه منافياً لمقتضى العقد كاشتراط أن لا يبيع أو لا يعتق أو لا ـ يهب و بين ما أجازوه من اشتراط العتق و جواز عدم انتفاع المشترى فى البيع فى زمان معيّن، مثل أن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار و نحو ذلك، و اشتراط المرأه على زوجها أن لا يخرجها من بلدها كما ورد به النصّ (۱). و لا حاجه إلى الجواب عن الأوّلين بالإجماع المنقول كما يظهر من العلّامه و غيره، و فى العتق مضافاً إلى الإجماع كونه مبنيّاً على التغليب و السرايه (۲) فإنّ عنايه الشارع بوقوعه توجب تحقّقه بأدنى سبب كما يظهر من تتبع مسائل كثيره، و عن الثالث بالاستناد إلى النصّ.

و أمّا استشكال العلّامه فى التذكره فى شرط عدم البيع و العتق (۳) فلعلّه ناظر إلى ما ورد فى بعض الروايات من جواز اشتراط عدم البيع و الهبه فى الإماء، كما ورد عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام فى رجل اشترى جاريه و شرط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث قال: يفى ذلك لهم إلّا الميراث (۴).

و روى الكلينى فى الحسن ما يقرب منه (۵) و ظاهر النافع التأمّل فى اشتراط عدم بيع الأمه أو هبتها لذلك حيث قال: المروىّ الجواز (۶).

و فى إيضاح النافع بعد نقل كلامه: إنّ الجواز غير بعيد، لأنّ بقاء الأمه عند المالك الصالح مطلوب فاشتراط بقاء ملكه عليها جائز، و ذلك لا ينافى كما فى امّ الولد و منذور التصدّق به، انتهى.

و لكن فى كشف الرموز: ما رأيت أحداً عمل بها (۷)، و هو كذلك بالنسبه إلى من تقدّم عليه أو عاصره بل و من تأخّر عنه عدا الشاذّ النادر، فهى متروكه.

و فى جامع المقاصد: و الحاسم لمادّه الإشكال أنّ الشروط على أقسام:

۱- انظر الوسائل ۱۵: ۴۹ ب ۴۰ من أبواب المهور.

۲- التذكره ۱: ۴۹۳ س ۲.

۳- التذكره ۱: ۴۸۹ س ۴۱.

۴- الوسائل ۱۵: ۴۹، ب ۴۰ من أبواب المهور، ح ۳.

۵- راجع الكافى ۵: ۴۰۲ باب الشرط فى النكاح و ما يجوز منه و ما لا يجوز، ح ۲.

۶- المختصر النافع: ۱۲۵.

۷- كشف الرموز ۱: ۴۷۵.

منها: ما انعقد الإجماع على حکمه من صحّه و فساد فلا عدول عنه.

و منها: ما وضح فیه المنافاه للمقتضی کشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبیع، أو وضح مقابله، و لا کلام فی اتّباع ما وضح.

و منها: ما لیس واحداً من النوعین و هو بحسب نظر الفقیه (۱) انتهی.

قلت: بل الحاسم لمادّه الإشکال بالنسبه إلی الشرط المنافی لمقتضی العقد هو أن یقال: إنّ کلّ شرط یخرج العقد بسببه عن حقیقته عرفاً أو شرعاً أو عن صحّته شرعاً، فذلک منافٍ لمقتضی العقد الّذی اجمع علی بطلان الشرط معه، و ما شکّ فیه فالأصل عدم مدخلیّه عدم ذلک الشرط فی صحّه العقد حتّی یکون وجوده منافیاً لمقتضاه. نعم لو کان الشرط بحیث یشکّ معه فی تحقّق حقیقه البیع فی العرف فالظاهر البطلان، لأنّ الأصل عدم تحقّقه فی الخارج، و الحکم تابع لما یصدق علیه البیع عرفاً.

و بیان ذلک أنّ بین أدلّه الشروط و أدلّه البیع عموماً من وجه، فمتی لم یکن بین مقتضاهما تنافٍ فلا إشکال، و متی ثبت التنافی اتّجه بطلان الشرط، لأنّ مرادنا من «المقتضی» بصیغه اسم المفعول هو ما یتسبّب عن العقد شرعاً من حیث هو بلا مدخلیّه شی ء آخر، فلا بدّ أن لا یتخلّف عن مقتضاه، فإذا اوجب الشرط الّذی هو جزء البیع و أحد أرکانه رفع مقتضی البیع، فیرتفع نفس البیع فإنّ البیع الّذی هو معیار الشارع فی ترتّب الآثار و الأحکام هو ما کان سبباً لذلک المقتضی، فلا یبقی علّه للزوم الشرط جزماً، لأنّه تابع غیر مستقلّ.

و من ذلک ظهر أنّ سقوط خیار المجلس و الحیوان و نحوهما لا ینافی مقتضی العقد، إذ لیس الغرض بالمنافی ما نافی إطلاق العقد بل العقد المطلق.

فاندفع بذلک ما فی جامع المقاصد فی شرط عدم الهبه قال: فإن قلت: منافاته من جهه منعه من الهبه. قلت: منعه من الهبه إن ارید بالنسبه إلی العقد المعرّی عن الشرط، فهو وارد فی کلّ شرط لأنّه مخالف لمقتضی العقد الخالی منه، و إن ارید بالنسبه إلی العقد المتضمّن له، فهو غیر واضح (۲) انتهی.

۱- جامع المقاصد ۴: ۴۱۵.

۲- جامع المقاصد ۴: ۴۱۵.

نعم قد یقع الشکّ فی بعض الأشیاء فی أنّها هل هی منافیه لمقتضی العقد أو إطلاقه، و ذلک بحث فی الموضوع، مع أنّ الأصل یقضی بعدم کونها من القسم الأوّل بعد احراز اسم العقد المشترط فیه عرفاً.

و من جمله ما شکّ فی منافاته لمقتضی العقد اشتراط المیراث فی عقد المتعه لقوله علیه السلام فی روایه عبد اللّه بن عمر من حدودها یعنی المتعه: أن لا ترثها و لا ترثک (۱) باعتبار أنّ المراد من ذلک هل هو عدم اقتضاء العقد الإرث أو اقتضاؤه عدمه.

و منه اشتراط الضمان فی عقد الإجاره حیث لا تعدّی و لا تفریط، باعتبار أنّ الإجاره هل هی مقتضیه لعدم التضمین حتّی یفسد الشرط بمنافاته لمقتضی العقد، أو لا تقتضی الضمان و لا عدمه، و عدم الضمان فیها جاء من عموم ما دلّ علی أنّ الأمین لا یضمن إلّا بالتفریط؟ وجهان، بل قولان، و المسأله فی محلّها.

ثمّ اعلم أنّ هذا کلّه فی باب المعاوضات، و أمّا باب النکاح الّذی قام الدلیل علی صحّه العقد فیه و إن فسد الشرط، فهل یشمل ما کان فساده لمخالفته لمقتضی العقد أم مقصور علی غیره؟

قلت: الّذی یظهر من کلام الأکثر هناک العموم و إن صرّح بعض (۲) بخلافه.

نعم یستثنی من ذلک الشرط الّذی یعود علی معنی العقد بالنقص بحیث یخرجه عن حقیقته و عن مسمّاه فقط، و أمّا غیره فلا و إن نافی سببیّته شرعاً کاشتراط عدم بعض الآثار المترتّبه علی العقد من حیث هو لا علی إطلاقه فإنّ ذلک لا ینافی مقتضی العقد (۳).

[سادسها: ما یقضی بتجهیل العوضین أو أحدهما]

سادسها: ما یقضی بتجهیل العوضین أو أحدهما، کأن یشترط تأخیر تسلیم المبیع أو الثمن مدّه غیر معیّنه، أمّا لو شرطا أجلًا یعلمان عدمهما قبله، کما شرطا تأخیر الثمن ألف سنه أو الانتفاع بالمبیع کذلک فالأقرب الصحّه، لعموم أدلّه

۱- الوسائل ۱۴: ۴۸۷، ب ۳۲ من ابواب المتعه، الحدیث ۸.

۲- السرائر ۲: ۵۸۹.

۳- فی نسخه: لا یفسده مطلقاً.

الشروط، و إطلاق الأصحاب جواز الأجل المضبوط، و القطع بالموت قبله لا يقدح، و إلّا لما صحّ تأجيل المطعون بسهم أو رمح يقطع بموته عاده السنه و السنين.

و أقصى ما يتخيّل للمنع عدم الانتفاع بالمبيع أو الثمن و فيه: أنّه يتحقّق بانتفاع الوارث و لو بعد حين. و دعوى: عدم شمول أدلّه العقود لمثل ذلك، ممنوع.

و فى الإيضاح و حواشى المصنّف (۱) قرّب عدم الصحّه.

و فى جامع المقاصد جعل التوقّف فى مثل ذلك طريق السلامه (۲).

و مثل ما يقتضى تجهيل العوضين فى المنع ما يقتضى تجهيل العقد كاشتراط الرهن و الضمان و الخيار من غير تعيين و نحوها، أو ما يذكر فيه شرط مجهول مطلقاً، أو موكول علمه إلى اختيار المشترط فإنّ ذلك كلّه يقتضى تجهيل العقد، و لذلك اشترطوا تعيين الرهن المشروط إمّا بالوصف أو المشاهده، كما فى القواعد و التحرير و التذكره و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد (۳)، دفعاً للضرر و حسماً لمادّه التنازع، لمكان التفاوت الكثير فى الرهون باعتبار تعلّق الرغبات و سهوله بيعها و حاجه رافعها إلى فكّها و عدم ذلك.

و احتمل فى الدروس صحّه الإطلاق للأصل فيحمل على حافظ الحقّ، و حينئذٍ يتخيّر الراهن فى التعيين.

و اشترطوا التعيين إمّا بالاسم و النسب أو بالمشاهده أو بالوصف، كما فى القواعد (۴) و غيرها.

و اشترطوا ضبط مدّه الخيار كما سبق، و منعوا من الشرط المجهول مطلقاً، للزوم الجهاله و للغرر، فيكون مخالفاً للسنّه.

۱- إيضاح الفوائد ۱: ۵۱۳، و لم نعثر عليه فى الحاشيه النجّاريّه.

۲- جامع المقاصد ۴: ۴۱۷.

۳- القواعد ۲: ۹۱، التحرير ۱: ۱۸۰ السطر الأخير، التذكره ۱: ۴۹۱ س ۲۴، إيضاح الفوائد ۱: ۵۱۳، الدروس ۳: ۲۱۶، جامع المقاصد ۴: ۴۱۸.

۴- القواعد ۲: ۹۱.

أمّا لو كان المشترط معيّناً فى الواقع كنفى الخيارات أو ضمان الحوادث و العوارض و الغرامه لكلّ ما يغرم و اشتراط الخدمه و الحمل و اللبن و شى ء معيّن فى البيت مثلًا أو ما يحصل من كسبك و نحو ذلك فلا بأس، و ما هو إلّا بمنزله الصلح و العقود الجائزه كما تقدّم.

[سابعها: ما كان من مقتضيات الشرع و أحكامه و ليس للمخلوق دخل فيه]

سابعها: ما كان من مقتضيات الشرع و أحكامه و ليس للمخلوق دخل فيه، كاشتراط حقّ الاخوّه و البنوّه و مطلق الرحم و الجوار و الصحبه و الشفعه و تحريم الحلال و تحليل الحرام الأصليّين و تبديل الحكم و اشتراط اللزوم فى موضع الجواز و الجواز فى موضع اللزوم إلّا مع إذنه، و اشتراط الخيار و إسقاطه من حقّ المتعاملين، و ليس من هذا الباب فى وجه، فاشتراط الخيار كالوكاله على التقايل و إسقاطه رفع للحقّ كالصلح عليه، و يحتمل جعله من هذا الباب و المخرج له النصّ و الإجماع، و هو الأقوى، و قد تقدّم الكلام فى ذلك.

و من هذا الباب اشتراط كون الطلاق و الجماع بيد المرأه.

و فى الصحيح: قضى علىّ عليه السلام فى رجل تزوّج امرأه و أصدقها و شرطت أنّ بيدها الجماع و الطلاق قال: خالفت السنّه و ولّيت الحقّ من ليس بأهله قال: فقضى علىّ عليه السلام أنّ على الرجل النفقه و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنّه (۱).

و فى الصحيح الآخر قال: قضى علىّ عليه السلام فى رجل تزوّج المرأه إلى أجل مسمّى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمّى فهى امرأته، و إن لم يجئ بالصداق فليس له عليها سبيل، شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أنّ بيد الرجل بضع امرأته و أحبط شرطهم (۲).

و هل اشتراط الغايات من هذا القبيل أو لا؟ وجهان، و المسأله فى غايه الإشكال.

و تفصيل الحال: أنّ الشرط قد يتعلّق بالأسباب من العقود و الإيقاعات و الأحكام، و قد يتعلّق بالغايات. أمّا ما يتعلّق بالأسباب كشرط أن يبيع أو أن يهب

۱- الوسائل ۱۵: ب ۲۹ من أبواب المهور، ح ۱.

۲- التهذيب ۷: ۳۷۰، ح ۶۱.

أو أن يسقط أو أن يلتقط أو أن يحوز و نحوها، فمقتضى القاعده فيه عدم ترتّب الغايات إلّا بعد فعل الأسباب، فيجبر على فعلها و إلّا تولّاها الحاكم إلّا أن يرجع إلى اشتراط الغايه. و مرّه (۱) يتعلّق بالغايات كالحرّيّه و المملوكيّه و الوقفيّه و الشركه أو الزرع أو المضاربه أو غيرها، فإن رجع فى المعنى إلى الأوّل فكالأوّل، و إلّا فإن قام دليل على اعتباره من دون حاجه إلى العقد، كشرط تمليك شى ء منه عين أو منفعه أو إبراء أو خيار أو سقوطه و نحو ذلك فلا إشكال، و إن قام دليل على عدم اعتباره كالنكاح و الطلاق و الخلع و المباراه و العهد و القسم و الظهار و نحوها ممّا علمنا بالإجماع و ظواهر الأدلّه اعتبار ألفاظ خاصّه فيها فكذلك، و ما شكّ فيه كاشتراط الحرّيّه و الوقفيّه و السكنى و العمرى و نحوها يبنى فيها على الدخول فى قولهم عليهم السلام: المسلمون عند شروطهم (۲) و عدمه.

فقيل بالدخول، لما يظهر من استدلالهم به على ثبوت الغايات. و فى روايات ارتجاع المبيع عند ردّ الثمن (۳) ما يقضى بظاهره بذلك، فيكون الأصل فى ذلك الصحّه و ترتّب الأثر، و قيام الشرط مقام المؤثّرات من العقود و غيرها من غير فرق بين لازمها و جائزها.

لا يقال: إنّ هذا الشرط ممّا حلّل حراماً.

لأنّا نقول: المراد به الحرام الأصلى الّذى لا يهدمه الشرط، لا كلّ ما كان حراماً بدون الشرط، و إلّا لم يسلم شرط من الشروط.

و المراد بالحرام الأصلى ما جاء فيه دليل بالخصوص، لا ما دخل تحت قاعده تقضى بالتحريم من استصحاب و غيره، فإنّ دليل الشرط يحكم عليها، و ثبوت الغايات بالعقود و الايقاعات مثلًا لا ينفى ثبوتها بما عداها.

بل أقصى ما هناك أنّه يبقى ثبوتها بما عدا ذلك داخلًا تحت القواعد العامّه من

۱- كذا، و الصواب: و أمّا ما يتعلّق.

۲- الوسائل ۱۲: ۳۵۳، ب ۶ من أبواب الخيار، ح ۱ و ۲ و ۶.

۳- الوسائل ۱۲، ۳۵۴، ب ۷ من أبواب الخيار.

استصحاب بقاء الملک، و کون الأحکام الشرعیّه تکلیفیّه أو وضعیّه توقیفیّه، فإذا جاء دلیل الشرط سوّغها. نعم ما دلّ علی قصره علی أسباب مخصوصه الدلیل الخاصّ نقول به.

و الظاهر عدم دخول مثل ذلک تحت أدلّه الشروط، فإنّ أقصی ما یدلّ علیه اللزوم قضاءً لظاهر الجمله الخبریّه، و لفظ «عند» و أن یقفوا عند شروطهم کما سیأتی إن شاء اللّه.

و أمّا الملتزم به فلیس فیها تعرّض له بوجه من الوجوه، و إنّما هو شی ء یعلم من خارج و محال علی الشرع، و الاستثناء فیها استثناء من الحکم الّذی هو الوجوب، مع أنّ المعلوم من الأصحاب فی سائر أبواب العقود و الإیقاعات توقّفها علی ألفاظ خاصّه و کیفیّات خاصّه لا یجیزونها بغیرها، مع أنّ هذا لو کان مسلّماً لذکر یوماً فی باب من الأبواب.

نعم بالنسبه إلی مثل التملیک الّذی لیس له لفظ خاصّ و یتأدّی بلفظ البیع و الهبه و صیغه التملیک و غیرها بل یتأدّی بالفعل کالمعاطاه بل و بالإباحه أیضاً، و لهذا تجری علیها أحکام الملک نجیزه بالشرط و نرتّب علیه الأثر لأنّه لفظ یؤدّی ذلک المعنی کسائر الألفاظ، و مثله إسقاط الحقّ فإنّه یتأدّی بکلّ لفظ و منها الشرط.

و مثلهما العقود الجائزه، و هذا هو السبب فی نصّ الأصحاب علی هذه الغایات دون غیرها، و لیس المنشأ فی ذلک ما یقوله الخصم، و لا المنشأ التعبّد، فتأمّل.

و یستثنی من هذا القسم من الشروط ما قام الدلیل علی خلافه، کشرط الرقیه فی من أحد أبویه حرّ، و إرث المتعه، و شرط الصوم حضراً و سفراً لو قلنا به، و شرط الإحلال فی الإحرام و الاعتکاف، و شرط عدم وطء المتعه، و اشتراط الإرث فی ضمان الجریره، و نحوها.

[ثامنها: ما کان ممّا حرّمه الشارع من أعیان کخمر و لحم میته أو کلب]

ثامنها: ما کان ممّا حرّمه الشارع من أعیان کخمر و لحم میته أو کلب أو خنزیر أو صنم أو آلات لهو أو ظروف فضّه أو ذهب أو نحوها، أو أعمال کلعب بقمار و غناء و عمل بالملاهی أو زنا و لواط و نحوها ممّا یشترط فیه ما یخالف کتاب اللّه و کلام أنبیائه و أوصیائهم صلوات اللّه علیهم.

و الظاهر دخول جميع ما سبق تحت ما خالف الكتاب و السنّه، و حصر بعضهم (۱) المخالف للكتاب و السنّه فی المخالف لمقتضی العقد فقط غلط لا وجه له، و لا فرق فی المنع من اشتراط ما خالف الكتاب و السنّه بين أن يخالف عامّهما أو خاصّهما، فالفرق بين ما كان الشرط رافعاً لما كان مشروعيّته بالنصّ عليه فی باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط أن لا يتزوّج فإنّ الزياده علی الواحده منصوص بها فی الشرع بالخصوص، لقوله تعالی: «فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنیٰ وَ ثُلاٰثَ وَ رُبٰاعَ» (۲) و ما كان مشروعيّته بالعموم كعدم إخراج المرأه من بلدها و عدّ الأوّل من الشروط المخالفه للكتاب و السنّه دون الثانی، لا وجه له.

نعم ما ذكر من المثال فی المقام الأوّل ليس من باب الشروط المخالفه للكتاب و السنّه بهذا الطريق، بل لورود الدليل الخاصّ بمنعه من الإجماعات (۳) و الروايات (۴)، أو حيث يرجع إلی بعض ما تقدّم من أقسام الشروط.

و أمّا الثانی فليس من الشروط المخالفه للكتاب و السنّه كما تقدّم، مع ورود النصوص الصحيحه (۵) الصريحه بجوازه.

[تاسعها: ما علم من الشرع جواز اشتراطه بالخصوص]

تاسعها: ما علم من الشرع جواز اشتراطه بالخصوص كاشتراط الزوجه أن لا يخرجها من بلدها و نحو ذلك أو المنع من اشتراطه كذلك كعدم التزويج عليها و التسرّی و نحو ذلك، و هذا لا بحث فيه للفقيه ثبوتاً و نفياً، بل هو تابع ورود النصّ به من الجواز و عدمه.

و بقی قسم آخر من الشروط سيجی ء فی كلام المصنّف إن شاء اللّه.

إذا تقرّر هذا فنقول: إنّ الأصل و الآيات و الأخبار تقضی بجواز كلّ شرط إلّا ما علم عدم جوازه بالعقل أو النقل عموماً أو خصوصاً، و لا يراد بما أحلّ حراماً أو حرّم حلالًا ما يعمّ العارضی الّذی يهدمه الشرط، بل ما كان حراماً فی نفسه حرمه

۱- منهم العلّامه فی القواعد ۲: ۹۰.

۲- النساء: ۳.

۳- راجع المسالك ۸: ۲۴۵ و كشف اللثام ۷: ۴۲۰.

۴- راجع الوسائل ۱۵: ۴۶، ب ۳۸ من أبواب المهور.

۵- راجع الوسائل ۱۵: ۴۸، ب ۴۰ من أبواب المهور، ح ۱ و ذيل ح ۳.

لازمه و ما كان حلالًا كذلك، و لو لا ذلك لكانت جميع الشروط ممّا أحلّت حراماً أو حرّمت حلالًا، فلا يبقى للاشتراط محلّ.

فإن قلت: ظاهر صحيحه عبد اللّه بن سنان يقضى بأنّ الموافقه لكتاب اللّه شرط فى صحّه الشروط، لا أنّ المخالفه مانعه، حيث قال الإمام عليه السلام فيها: «و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب اللّه (۱)» و حينئذٍ فالشكّ فى الشرط شكّ فى المشروط و تكون القاعده فى الشروط عدم الصحّه حتّى تعلم الموافقه.

بل قد يقال: إنّ ما تتقيّد من الروايات بما خالف كتاب اللّه قاضٍ بذلك أيضاً، فإنّه مع الشكّ فى المخالفه يكون من الشكّ فى مصداق المخصّص لا فى مفهومه، و الألفاظ موضوعه للواقع، فالمشكوك فيه مشكوك فى دخوله تحت المخصّص أو المخصّص، فلا يتمسّك فيه بالعامّ، لأنّه قد تخصّص بما خالف الكتاب واقعاً، بل يرجع فيه إلى الأصل، و الأصل الفساد، فإنّ الصحّه و ترتّب الأثر من الأحكام الشرعيّه التوقيفيّه، و أمّا الفساد فيكفى فيه عدم الدليل، فانحصر الصحّه فيما وافق الكتاب و السنّه فى نفس الأمر، و إذا شكّ فى كونه موافقاً للكتاب فيحصل الشكّ فى الصحّه، و مع الشكّ فلا حكم و يتعيّن الفساد.

قلت: لا ريب أنّ ما فى الروايه مسوق لبيان استثناء الشرط المخالف، كما كشفت عنه الروايات الاخر المتكثّره، و قضى به فهم الأصحاب، مضافاً إلى أنّ الموافقه للكتاب موجوده فى المشكوك فيه باعتبار الأصل، و هو حجّه شرعيّه، و لا ريب أنّه مع الشكّ فى مصداق المخصّص كمفهومه يتمسّك فيه بالعامّ، كما هى طريقه الأصحاب اقتصاراً فيما خرج عنه على المتيقّن.

و من المعلوم انّ المرجع فى حقيقه المعاملات إلى العرف، و العقد و الشرط كلاهما من المعاملات، فما يسمّى فى العرف بيعاً فيحكم به عليه شرعاً إلّا أن يثبت له شرط فى الخارج، و كذلك الشرط. فنقول: إنّ كلّ شرط يجب الوفاء به إلّا ما خالف الشرع، فما علم أنّه مخالف للشرع فمستثنى، و ما علم منه موافق فداخل،

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۳، ب ۶ من أبواب الخيار، ح ۱.

و ما شكّ فيه فالأصل عدم المنع منه، و موافقه الأصل هو مقتضى الكتاب و السنّه.

[القسم العاشر من أقسام الشروط اشتراط غير المقدور]

قال المصنّف قدس سره: «و كذا يبطل باشتراط غير المقدور كاشتراط حمل الدابّه فيما بعد أو أنّ الزرع يبلغ السنبل، و لو اشترط تبقيته إلى أوان السنبل جاز»

هذا هو القسم العاشر من أقسام الشروط، و هو ما كان من الشروط الممتنعه عقلًا أو عادهً إن اريد أن يكون ذلك بفعل، و إن اريد أن يكون ذلك بفعل اللّه تعالى فهو غير مقدور له، و ليس له فيه مجال السعى. و لا كذلك اشتراط الضمين و الكفيل و نحوهما، فإنّه قادر على تحصيل أسبابها، فلا وجه لما أورد على الأصحاب من تجويزهم اشتراط الضمين و الكفيل مع منعهم من اشتراط غير المقدور و كلاهما غير مقدور.

و فى حواشى المصنّف على القواعد فسّر جعل الزرع سنبلًا بأن يجعل اللّه جلّ شأنه الزرع سنبلًا قال: لأنّا إنّما نفرض ما يجوز أن يتوهّمه عاقل لامتناع ذلك من غير الاله جلّت عظمته (۱) انتهى.

فإن قلت: أىّ فرق بين اشتراط حمل الدابّه فيما بعد، و اشتراط كونها حامله، حتّى منعتم من الأوّل و أدخلتموه فى غير المقدور، و أجزتم الثانى و أخرجتموه منه، مع أنّ الشرط فى كلّ منهما كون لا تكوين و فعل.

قلت: يمكن الفرق بأنّ اشتراط الماضى أولى من المقدور، بخلاف اللاحق، فافهم.

و أمّا لو شرط تبقيه الزرع إلى أوان السنبل فلا بحث فى صحّته، غير أنّ ظاهر المصنّف هنا و فى الدروس كظاهر السرائر و التذكره: أنّه لا يشترط تعيين المدّه، بل يكفى أن يحال على المتعارف من البلوغ، لأنّه مضبوط (۲) كما هو خيره الشرح و المسالك و الكفايه (۳). و قال فى المسالك: إنّ إطلاقهم يقضى بذلك.

و التحقيق أنّه إن اشترط تبقيه المبيع أو الثمن و كان ذلك بحيث يرجع إلى

۱- الحاشيه النجّاريّه (مخطوط): الورقه ۶۸.

۲- الدروس ۳: ۲۱۵، السرائر ۲: ۳۲۷، التذكره ۱: ۴۹۰ س ۳۳.

۳- الروضه ۳: ۵۰۵، المسالك ۳: ۲۷۰، الكفايه ۹۷ س ۱۸.

تأخّر التسليم، فلا بدّ من ضبط المدّه لئلّا يجهل الشرط الّذى تسرى جهالته إلى أحد العوضين، لأنّ مدّه البلوغ غير مضبوطه بالزمان، لاحتمال التقدّم و التأخّر.

و إن لم يكن شرط التبقيه للمبيع أو الثمن بذلك النحو، كأن يبيعه داراً مثلًا و يشترط عليه تبقيه الزرع فيها، أو فى مكان آخر من أملاكه إلى وقت البلوغ، فلا بأس على ما تقدّم من الاكتفاء فى الشرط الّذى لا يجهل العقد و لا أحد العوضين بالأوّل إلى العلم كالصلح.

نعم صرّح جماعه من الأصحاب فى باب إجاره الأرض حيث يستأجرها مدّه لزرع لا يكمل فيها: من أنّه لو شرط التبقيه إلى وقت البلوغ يجهل العقد، و هو محلّ بحث.

هذا كلّه إذا اشترط، و أمّا إذا أطلق فإنّه يلزم البائع إبقاءه إلى أوان دروكه و بلوغه من غير إشكال، لأنّه إذا لم يشترط كان التراضى على الزرع، و الإبقاء حكم شرعى لزم بلا معاوضه عليه، أو أنّه شرط ضمنى لقضاء العاده باشتراطه ضمناً و إن لم يصرّح به لفظاً، و حكم الشرائط المفهومه ضمناً و إن لم يصرّح به لفظاً مغاير لحكم المصرّح بها، فلا يلزم من ترتّب الغرر على القسم الثانى ما لم يكن مؤكّداً لما فى الضمن ترتّبه على الأوّل.

[لو شرط غير السائغ بطل و أبطل]

قال المصنّف قدس سره: «و لو شرط غير السائغ بطل و أبطل»

اختلف الأصحاب فى البيع الّذى يتضمّن شرطاً فاسداً على أنحاء:

أوّلها: صحّه البيع و بطلان الشرط، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و ابن سعيد فى الجامع و الآبى فى كشف الرموز (۱) و هو المحكىّ عن أبى علىّ و القاضى (۲)، و ربّما حكى عن الحلّى و لم أجده فى السرائر، و وافقهم أبو المكارم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد أو السنّه (۳)، و ابن المتوّج (۴) فى الشرط الفاسد الّذى لا

۱- المبسوط ۲: ۱۴۹، الجامع للشرائع: ۲۷۲، کشف الرموز ۱: ۴۷۴.

۲- حكاه عنهما فى المختلف ۵: ۲۹۸.

۳- الغنيه: ۲۱۶.



۴- هو الشيخ أحمد بن عبد اللّه بن سعيد المتوّج البحرانى، تلميذ فخر المحقّقين، كتابه «كفايه الطالبين» لا يوجد عندنا، راجع الذريعه ۱۸: ۹۳.

یتعلّق به غرض، کما لو شرط أکل طعام بعینه أو لبس ثوب بعینه و نحو ذلک.

و لا یبعد أن یکون هذا القول هو الأعرف عند القدماء.

ثانیها: بطلانهما معاً، کما فی القواعد و التذکره و المختلف و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و المتن و المهذّب البارع و المقتصر و حواشی المصنّف علی القواعد و جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد و تعلیق النافع و المیسیّه و المسالک و مجمع البرهان و الکفایه (۱) و وافقهم أبو المکارم فی الشرط الغیر المقدور کأن یشترط علیه أن یجعل الرطب تمراً فقال: إنّه فاسد مفسد بلا خلاف (۲)، لکنّه فی التذکره جعل هذا محلّ خلاف للشیخ أیضاً (۳)، و هذا القول هو المشهور شهره محصّله بین المتأخّرین، بل کاد أن یکون إجماعیّاً عندهم، و منقوله علی لسان بعض الفحول (۴).

ثالثها: ما فی الشرائع و النافع و التحریر و الإیضاح و التنقیح و غایه المرام و إیضاح النافع (۵) من عدم الترجیح.

احتجّ أهل القول الأوّل بالأصل، و أنّه لا دلیل علی بطلان العقد، و بالإجماع المنقول فی الغنیه علی صحّه العقد فی الشرط المخالف للعقد أو السنّه (۶).

و بمرسله جمیل بن درّاج فی من اشتری جاریه و شرط لأهلها المیراث، فقد حکم علیه السلام بصحّه العقد و بطلان الشرط (۷).

و بخبر بریره من طریق العامّه: أنّ مولاتها شرطت علی عائشه حین شرائها

۱- القواعد ۲: ۹۰، التذکره ۱: ۴۹۰ س ۳۳، المختلف ۵: ۲۹۸، الإرشاد ۱: ۳۵۹، الدروس ۳: ۲۱۴، راجع المهذّب البارع ۲: ۴۰۶، المقتصر: ۱۷۴، جامع المقاصد ۴: ۴۱۵، حاشیه الإرشاد (مخطوط): ۱۱۶، مسالک الأفهام ۳: ۲۷۳، مجمع البرهان ۸: ۱۴۸، الکفایه: ۹۷ س ۲۱.

۲- الغنیه: ۲۱۵.

۳- التذکره ۱: ۴۹۰ س ۳۳.

۴- لم نقف علیه.

۵- الشرائع ۲: ۳۴، المختصر: ۱۲۴، التحریر ۱: ۱۸۰، س ۶ (هکذا أیضاً نسبه إلیه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامه، و الّذی قرّبه فیه بطلان العقد أیضاً) إیضاح الفوائد ۱: ۵۱۸، التنقیح ۲: ۷۳، غایه المرام ۲: ۶۴ و ۶۵.

۶- الغنیه: ۲۱۶.

۷- الوسائل ۱۵: ۴۹، ب ۴۰ من أبواب المهور، ح ۳.

أن يكون ولاؤها لها إذا أعتقها فأجاز النبیّ صلی الله علیه و آله البیع و قال: «الولاء لمن أعتق (۱)» فأفسد الشرط.

و من طریق الخاصّه ما رواه المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن أبی عبد اللّه علیه السلام أنّه ذکر أنّ بریره کانت عند زوج لها و هی مملوکه، فاشترتها عائشه فأعتقتها فخیّرها رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقال: إن شاءت تقرّ عند زوجها و إن شاءت فارقته و کان موالیها الّذین باعوها شرطوا علی عائشه: أنّ لهم ولاءها فقال لهم رسول اللّه صلی الله علیه و آله: «الولاء لمن أعتق» (۲). و مثله صحیحه عیص بن القاسم (۳). و احتجّوا أیضاً بما ذکر فی النکاح من الإجماع المنقول کما فی المسالک علی صحّه عقده و فساد الشرط (۴)، و الأخبار المتعدّده الصحیحه الصریحه الدالّه علی ذلک، کصحیحتی محمّد بن قیس المتضمّنه إحداهما اشتراط المرأه فی عقد النکاح: أنّ بیدها الجماع و الطلاق (۵) و الاخری اشتراط أن یجی ء الزوج بالصداق إلی أجل مسمّی و إلّا فلیس له علیها سبیل (۶) و قد حکم علیه السلام فیهما بصحّه العقد و أبطل الشرط. و صحیحته الثالثه فی شرط عدم التزویج و التسرّی، و أنّه إن تزوّج علیها أو هجرها أو تسرّی فهی طالق (۷) و قد حکم علیه السلام فیها بصحّه العقد و أبطل الشرط. و خبر الوشاء (۸) و غیرهما.

و بلزوم الدور، لأنّ لزوم الشرط و صحّته فرع علی صحّه البیع فلو کانت موقوفه علی صحّته لزم الدور.

۱- سنن البیهقی ۱۰: ۳۳۶ ۳۳۹.

۲- الکافی ۵: ۴۶۸، ح ۱، و الفقیه ۳: ۱۳۴، ح ۳۴۹۷، التهذیب ۷: ۳۴۱، ح ۲۷.

۳- الوسائل ۱۶: ۴۰، ب ۳۷ من کتاب العتق، ح ۱.

۴- المسالک ۸: ۲۴۵.

۵- الوسائل ۱۵: ۴۱، ب ۲۹ من أبواب المهور، ح ۱.

۶- الوسائل ۱۵: ۲۱، ب ۱۰ من أبواب المهور، ح ۲.

۷- الوسائل ۱۵: ۴۶، ب ۳۸ من أبواب المهور، ح ۱.

۸- الوسائل ۱۵: ۱۹، ب ۹ من أبواب المهور، ح ۱.

و اجیب عن الأصل أی أصل الصحّه بأنّه مقطوع بما یأتی من الأدلّه و معارض بأصل عدم الانتقال.

و عن الإجماع بأنّه ممنوع فی مقابله فتوی المشهور بخلافه، مع أنّه ربّما ظهر عن عباره ناقله أنّه الإجماع علی أصل القاعده، مع أنّه بنفسه نفی الخلاف فی إفساد الشرط الغیر المقدور للعقد، و لا قائل بالفرق بین المقامین.

و عن ظاهر القرآن أعنی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» (۱) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۲) بأنّه غیر شامل لما نحن فیه من وجهین:

الأوّل: تقییده بالقصد المنفیّ فیه، لأنّ البائع إنّما رضی علی هذا الشرط، فإذا لم یسلم کانت تجاره عن غیر تراضٍ، مع أنّ التراضی شرط إجماعاً فلم یستکمل لعموم الشروط، و لهذا اشتهر فیما بینهم فی سائر أبواب العقود: إنّ العقود تتبع القصود.

و المراد بذلک: أنّ العقد إذا أمکن حصوله علی شئون مختلفه من الإطلاق و التقییدات المختلفه الحاصله بالشروط و غیرها فالعقد تابع للقصد أعنی أنّ الماهیّه المطلقه یحکم بحصولها فی ضمن ما قصد من أفرادها و أقسامها، لا أنّ کلّ ما یترتّب علی العقود من الآثار و الثمرات الخارجه و الأحکام اللاحقه لا بدّ أن یعلمها و یعتقدها و یقصدها فی العقد، و مع اعتقاد خلافها و عدم القصد إلیها لا یصحّ العقد، و إلّا فیلزم بطلان أکثر العقود. و المعتبر من ذلک القصد هو ما اطّلع علیه المتعاقدان معاً، و لا یکفی فی ذلک قصد أحدهما من دون اطّلاع الآخر، فما یحتمل وجوهاً کثیره و لم یذکر فی طیّ العقد وجه منها و لم یعیّن فالقدر المشترک المنعقد بینهما هو مطلق العقد، و ما عداه یبنی فیه علی الإطلاق، و العقد المشروط من القسم الأوّل فی المقامین.

الثانی: تطرّق الجهاله المانعه من الصحّه، لأنّ الشرط له قسط من الثمن، فإنّه قد یزید باعتباره و ینقص، فإذا بطل بطل ما بازائه من الثمن و هو غیر معلوم.

و عن الروایات أمّا عن الاولی فباشتمالها علی صحّه اشتراط عدم الهبه

۱- البقره: ۲۷۵.

۲- المائده: ۱.

و البيع، و القول به متروک بين الأصحاب کما عرفت، فهی شاذّه، و لا يمکن فيها التفکيک فيعمل فيها ببعض دون بعض.

و أمّا عن الثانيه فقد أجاب فی المختلف بضعف السند أوّلًا، و أنّها رويت على وجه آخر و هو من طرق العامّه أيضاً مشتمل على أنّ بريره أخبرت عائشه بأنّها قد کوتبت، و طلبت الإعانه منها، فيسقط الاستدلال بها بالکلّيه (۱)، إذ لا بيع حينئذٍ، و فيها أيضاً أنّ النبیّ صلى الله عليه و آله قال لها: اشترطی الولاء و لا يأمرها بفاسد، فالمراد اشترطی عليهم.

و أمّا عن الثالثه و الرابعه فأوّلًا بالتزامه بخصوصه للدليل، کما نقول بذلک بالنظر إلى شرائط النکاح، و قد استثناه المقداد فی التنقيح من الشرائط الفاسده الّتی يسری فسادها إلى العقد و قال فيه بصحّه العقد و فساد الشرط (۲).

و ثانياً بما يظهر من بعضهم من أنّه يجوز أن يکون شرطاً للعتق لا للبيع، و فساد شرط الشرط لا يسری إلى فساد الشرط فضلًا عن البيع، فتأمّل.

و أمّا عن الإجماع الوارد فی باب النکاح و الأخبار المذکوره فيه، فبمنع الإجماع على إطلاقه أوّلًا بحيث يثبت قاعده فی ذلک فی باب النکاح فضلًا عن غيره، لوقوع الخلاف فيه أيضاً فيما خالف مقتضى العقد، و ذکروا مواضع اخر اختلفوا فيها أيضاً، و الأخبار ليس فيها ما يقضی بالعموم بحيث يجعل ذلک قاعده فيه. و أقصى ما فی الباب: أنّه قد وردت الأخبار فيه فی خصوص بعض الشروط فيقتصر فی ذلک على مواردها، سلّمنا ذلک و لکن باب النکاح مطلقاً خرج بالدليل، فيکون من قبيل الأسباب و مستثنى من تبعيّه العقود للقصود.

و قد يجاب عن ذلک: بأنّ الشرط ذو وجهين، مرّه يراد به الربط فيلزم من فساده فساد العقد، و مرّه يراد به الاستقلال فيکون منفصلًا عن العقد و بمنزله عقد آخر، لعدم ارتباط المشروط به، فالعقد يقع مطلقاً و إن تبعه الشرط و ترتّب عليه

۱- المختلف ۵: ۲۹۹.

۲- التنقيح ۲: ۷۴.

فلا يسرى الفساد منه إليه، و شروط النكاح من هذا القبيل، باعتبار أنّ النكاح ليس بمعاوضه محضه، فيلزم دخول الشرط فى أحد العوضين، بل هو أمر خارج، فيكون بمعنى الإلزام و الالتزام، و لو اريد منه معنى الربط فأقصاه منع المهر، فيقضى بفساد المهر و هو لا يفسد العقد.

و هذه الصوره و إن أهملها الأصحاب إلّا أنّها أحد صور الاشتراط، و يدلّ على لزوم الوفاء بها إطلاق قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم (۱)» و يكون المراد به معنى الإلزام و الالتزام، و ظهور لفظ الشرط فى التبعيّه و الارتباط لا ينافى ذلك، فإنّ التبعيّه من جانبه موجوده و إن كانت من جانب العقد منتفيه، و يكون من هذا القبيل شرط الإحلال عند الصدّ فى الإحرام، و شرط الاعتكاف، و شرط الخدمه فى العتق، و لذا لا تتوقّف فيها صحّه المشروط على صحّه الشروط، و يكون المدار حينئذٍ على قصد المتعاقدين، فإن قصدا الأوّل كان منه، و إن قصدا الثانى كان منه و إن أطلقا حملا على الأوّل، و يمكن بهذا أن يجعل النزاع لفظيّاً بين أهل القول الأوّل و القول الثانى بحمل أهل القول الأوّل على الثانى و أهل القول الثانى على الأوّل.

قلت: لا ريب أنّ معنى الشرطيّه و ظاهر اللفظ ينافى ذلك، فإنّ المتبادر من الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، لا مطلق الإلزام و الالتزام، و لا خصوص التابع منه للعقد، و لا أقلّ من الشكّ، و الأصل عدم الاشتراط، و عدم ترتّب أحكام الشرط و آثاره. على أنّه لو اريد مطلق الإلزام و الالتزام للزم أنّه لو اشترط عليه شيئاً ابتداءً أنّه يجب عليه الوفاء به، و لا قائل به. و إن اريد خصوص التابع للعقد كان تحكّماً، على أنّ ظاهر الأصحاب فى شروط النكاح و ما كان بحكمها عدم الفرق فى صحّه العقد و فساد الشرط بين أن يقصد المتعاقدان الشرط بالمعنى الأوّل أو الثانى أو مطلقاً، بل ظاهرهم أنّ محلّ البحث حيث يقصد المعنى الأوّل، فليس المستند إلّا التعبّد بالدليل الخاصّ فيها، كما أنّ أظهر أفراد النزاع فيما نحن فيه صوره الإطلاق أيضاً.

۱- الوسائل ۱۵: ۳۰، ب ۲۰ من أبواب المهور، ح ۴.

و دعوی: أنّه مع الإطلاق فی خصوص باب النکاح الظاهر من الشرط ذلک، ممنوع.

و من هنا ظهر أنّه لو قصد المتعاقدان الشرط بالمعنی الثانی لم یکن من الشروط الشرعیّه، و لا یلحقه حکم الشرط بوجه من الوجوه.

و أمّا عن لزوم الدور فقد أجاب عنه الفخر فی الإیضاح: بأنّ کون هذه شروطاً مجاز لأنّها تابعه للعقد، و العقد سبب فیها، فلا یعقل کونها شرطاً له و إلّا دار، بل هی من صفات المبیع تختلف الأغراض باختلافها (۱).

و قال فی شرح الإرشاد ناقلًا له عن والده: انّ هذا الدور دور معیّه کالصلاه و أجزائها، فإنّ مجموع الصلاه متوقّف علی أجزائها من حیث الصحّه، و أجزاؤها من حیث الصحّه متوقّفه علی مجموعها، انتهی.

و الثانی هو الوجه فی الجواب دون الأوّل، إذ لا ریب فی کونها شروطاً علی الحقیقه، و إن لم تکن لأصل العقد، و سیأتی بیان ذلک.

ثمّ إنّ أهل هذا القول بعد أن قالوا بصحّه العقد و بطلان الشرط، لم یعلم منهم أنّهم یقولون بثبوته بسبب فواته مطلقاً أو لا مطلقاً أو یفصّلون بین العالم بالفساد و الجاهل به، فیثبتونه للثانی دون الأوّل، وجوه، و لعلّ الظاهر منهم الأوّل.

و احتجّ أهل القول الثانی: بأنّ المقصود هو المجموع، و إذا بطل الکلّ بفوات بعضه و هو الشرط فات محلّ القصد، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، و لأنّ للشرط قسطاً من الثمن فإذا بطل یُجهل العقد.

و فیه: أنّ ذلک متمشٍّ فی کلّ ما تبعّضت به الصفقه و قد قالوا: إنّه لو شرط کون العبد کاتباً مثلًا و اشتری عبدین جمیعاً، و تبیّن أنّ أحدهما غیر کاتب أو هما أو أنّ أحدهما لیس ملکاً له، فإنّ البیع لا یبطل بذلک و إن ثبت له الفسخ، مع أنّ التراضی لم یتحقّق إلّا علی الوجه الّذی لیس بواقع، مع ما هناک من الجهاله، و کم من جهاله اغتفروها ممّا لا یکاد یحصی، و مقتضی ذلک أنّ هاهنا مع البطلان إنّما یتسلّط علی خیار تبعیض الصفقه و لا یقضی بالبطلان رأساً إلّا إذا علم کلّ من المتعاقدین أو أحدهما بفساد الشرط من أوّل الأمر، فإنّه لا خیار حینئذٍ للعالم کما فی سائر باب

۱- إیضاح الفوائد ۱: ۵۱۸.

خيار التبعيض، و باعتبار ما ذكرنا من أدلّه الطرفين توقّف فى ذلك من توقّف.

و التحقيق: أنّ الشرط معناه ما ينتفى المشروط عند انتفائه، و ليس هو شرطاً لأصل الانشاء و إلّا لكان كلّ شرط مبطلًا للعقد، لعدم قابليّته للتعليق، بل معنى الشرطيّه فى المقام ملكيّه المشروط له على نحو ملكيّه المشترط، فالملكيه شرط فى الملكيّه، و يحصلان دفعهً، و التقدّم ذاتى لا زمانى، و حيث إنّ الشرط قضى ببناء الملكيّه للمشروط شرعاً على ملكيّه الشرط فصحّته شرط فى صحّه العقد، فإذا بطل الشرط لحرمته أو امتناعه أو مخالفته مقتضى العقد بطل مشروطه كذلك و لم تحصل الملكيّه، و إذا صحّ كما إذا كان قابلًا للملك كان كصحّه مشروطه، و عدم تسليمه كعدم تسليمه بعض الشروط لا يقتضى فساداً، و إنّما يثبت مع عدم الوفاء به خيار التبعيض للصفقه، أو يثبت الخيار تعبّداً للدليل، فإنّ ثبوت الخيار بفوات الشرط مجمع عليه فيما بينهم، و لا حاجه إلى ادّعاء أنّه شرط للّزوم فى ثبوت الخيار.

و الحاصل أنّ الشروط كالشطور الّتى شرطت ملكيّه بعضها ببعض و إن كان الظاهر من الشطور خلاف ذلك.

و من هنا كان خيار التبعيض على وفق القاعده إلّا حيث يعلم فيها وقوع التراضى بالمجموع لا بالجميع، فإنّه بفوات البعض يتعيّن الفساد و يكون من قبيل ما نحن فيه.

و من هنا اندفع ما يقال: إنّ الشرط إمّا أن يكون شرط الصحّه أو اللزوم، و الأوّل باطل، لعدم قابليّه العقد للتعليق فتعيّن الثانى، و عليه فإنّما يلزم بطلان الشرط فوات اللزوم المثبت للخيار لا بطلان العقد.

فإن قلت: إن اريد أنّ الملكيّه شرط فى الملكيّه شرعاً، فالشأن فى ثبوت ذلك و هو محلّ النزاع، فلا يكون الدعوى دليلًا.

و إن اريد أنّها شرط بحسب قصد المتعاقدين، فهو ممنوع، فإنّهما إنّما يشترطان فعلًا من أفعالهما، و لا يخطر ببالهما ملكيّه ذلك الفعل للمشترط على المشترط عليه فضلًا عن أن يقصداهما من اللفظ، مع أنّ اللفظ ليس فيه دلاله على ذلك.

نعم حيث يجوز اشتراط الغايه أو فيما قام عليها الدليل قد يتأتّى ذلك، و لكنّه أقلّ قليل، و اللزوم و إن لم يكن مصرّحاً به بالعباره إلّا أنّه من مقتضيات العقد المذكور فيها و أحكامه، فرجوع الشرط إليه أقرب و أولى من تأويله بالملكيّه.

قلت: لا ـ ريب أنّ الظاهر من كلّ من يشترط شيئاً إراده ملكيّه الشرط لا ـ فعليّته، و أنّ فعليّته موكوله إلى اختياره، إن شاء ألزم المشروط عليه بها و إن شاء عفا، مع أنّ الظاهر من الشرط أنّه شرط لأصل العقد و للانشاء نفسه و لكن خرجنا عن ذلك باعتبار عدم صحّه التعليق فى العقود، فمع تعذّر ذلك يحمل على أنّه للمنشأ الّذى هو الملكيّه و الانتقال، لأنّه بعد تلك المرتبه فى الظهور فيكون كما إذا تعذّرت الحقيقه، فإنّه يحمل على أقرب مجازاتها.

و أمّا عوده إلى اللزوم، فهو بعيد جدّاً و لا يقتضيه ظاهر اللفظ بوجه، فتأمّل.

ثمّ اعلم أنّه لا يفترق الحال فيما ذكرنا بالنسبه إلى الشروط الفاسده جميعها.

و الظاهر أنّه لا فرق فى فساد العقد باشتراط المحرّم شرعاً كالخمر و نحوه بين العلم بالحكم و الجهل به.

نعم بالنسبه إلى الجهل بالموضوع كأن يشترط شيئاً معيّناً بزعم أنّه خلّ فتبيّن أنّه خمر وجهان: الصحّه، و البطلان، و ربّما ظهر من الأصحاب الأوّل، و لا فرق بين ما كان من صفات المبيع كأن يشترط كون العبد مغنياً و غيره.

و احتمل فى إيضاح النافع إلغاء الشرط فى كلّ موضع لا يكون فيه غرض عرفاً و لا يقوّم شرعاً. و قال: إنّ التراضى فى الحقيقه إنّما هو على المعوّض، فأفسد فيه الشرط و صحّح العقد، و هو غير بعيد، كما يقضى به كلامهم فى باب السلف فيما لو شرط أحدهما مكيالًا أو صنجه بعينه دون ما سواه و ربما يحمل على ذلك إطلاق كلام المشهور.

فإنّ الظاهر منه الشرط المتقوّم الّذی یتعلّق به غرض، و لا ینافی ذلک ما تقدّم من التذکره حیث قوّی ثبوت الخیار فی مثل شرط أن لا یأکل الهریسه، أو لا یلبس الخزّ (۱) لأنّه قید الغرض المذکور (۲) بالنسبه إلیهما أو إلی ما یشابههما بالّذی لا یوجب التنازع و التنافس فلا یتأتّی (۳) الحکم بإلغاء الشرط الّذی لا یتعلّق به غرض مطلقاً.

و قد تقدّم لک الفرق من ابن زهره بین شرط غیر المقدور و شرط المقدور ممّا خالف مقتضی العقد أو السنّه، فإنّه أبطلهما فی الأوّل و صحّح العقد فی الثانی (۴) و لا وجه له، بل قد یقال بصحّه العقد و فساد الشرط حیث یعلم المشترط عدم قدره المشروط علیه علی الشرط، فیلغو الشرط و یرجع إلی التفصیل السابق، فتأمّل.

و الظاهر أنّ هذا البحث لا یخصّ البیع، بل یجری فی سائر العقود اللازمه بالأصل أو بالعارض، بل و فی الجائزه أیضاً. فإنّ فساد الشرط فیها یقضی بفساد الإذن و الإباحه علی القول بفسادها تبعاً لفساد الشرط دون القول الآخر.

و لا فرق فی الشروط المنافیه بین اعتبارها فی ذلک العقد أو فی عقد آخر. و الشروط المتعدّده فی العقد الواحد یجری فیها الحکم فیفسد العقد بفساد بعضها و ثبت الخیار بانتفائه.

و فی المتداخله کشرط الشرط و شرط شرط الشرط و هکذا یثبت الحکمان فی الشرط السابق دون ما عداه علی أقوی الوجهین، و فساد اللواحق قاضٍ ببطلان الخیار فی وجه.

و لو تعدّدت العقود فسدت بفساد شرط واحد متّحداً أو منضمّاً إلی غیره.

و لو وقع الشرط بعد المقیّد فالظاهر رجوعه إلی الأصل دون القید إلّا مع القرینه، و معها یثبت الخیار فی التوابع دون الأصل.

[شرط العتق]

[لو شرط عتق المملوک جاز]

قال المصنّف قدس سره: «و لو شرط عتق المملوک جاز»

شرط العتق إمّا مطلق و یرجع إلی المنقول إلیه کما فی الدروس (۵) أو الأعمّ

۱- تقدّم فی ص ۲۱۸.

۲- فی نسخه: المنفیّ.

۳- فی نسخه: فلا ینافی.

۴- الغنیه: ۲۱۵ ۲۱۶.

۵- الدروس ۳: ۲۱۶.

و هـو أقرب إلى اللفـظ. و إمّـا مقيّـد بكونه عن الناقـل أو المنقول إليه أو أجنـبىّ أو على التشـريك و أقسـامه أربعه، أو التخيير و أقسـامه أربعه، فبلغت اثنى عشـر قسـماً و هى بين أن تكون فى الغـايه بنـاءً على إثباتهـا بالشـرط أو العقـد أو الإيقاع فهى أربعه و عشرون.

ثمّ ما كان للغايه أو الإيقاع مرّه يقيده بكونه عن كفّاره، و مرّه يطلق إلى غير ذلك من الأقسام.

أمّا اشتراطه عن المشترى فى عقـد أو إيقاع، فقـد تقـدّم نقل الإجماعات الـدالّه بإطلاقها عليه، و أنّه ليس بمنافٍ لمقتضـى العقد، لأنّه شـرط لفعل من أفعال المشترى و إن ترتّب عليه رفع السـلطان و الانتفاع، بخلاف اشتراط عدم التصـرّف و نحوه فتشـمله أدلّه الشروط.

و لو سلّم فيه المنافاه، قلنا: مخصّص للأدلّه الخاصّه.

نعم فيه ما يجرى فى كلّ مشـروط بالقربه من أنّه استحقّ بالشرط فليس حقّاً للّه، فلا تتحقّق فيه نيّه القربه بشرط التصدّق و النذر و الوقف و نحوها.

و الجواب عن ذلك كالجواب عن عباده الاجراء فى تحقّق القربه فيها، لأنّ السـبب قاضٍ بالإيجاب، فإذا جى ء به من هـذه الجهه جاءت القربه و تأكّدت.

و أمّـا بالنسـبه إلى اشتراط الغـايه، فحصول غـايه الحرّيّه كيفما كانت كغايه الوقفيّه و المملوكيه (۱) منـافيه لما يتعلّق بالأعيان من جميع المملّكـات، لرجوعه إلى التأجيـل فى الملـك، نعم لاـ بـأس فى التأجيـل بالمنـافع، فتحديـد ملك المنقول إليه العين بوقت مخصوص ثمّ ينتفى بأىّ نحو كان لا وجه له، من غير فرق بين أن نقول بإثبات الشروط للغايات أو لا.

و أمّـا ما كان بالعقـد و الإيقاع (۲) غير المشترى فـإن كـان عن غير الناقـل و هو الأـجنبىّ فلاـ بأس به، و يرجع اشتراط العتق إلى شرطين: صريح و هو نفس العتق، و من جهه التوقّف و هو التملّك قبل العتق زماناً بمجرّد قصده أو مجرّد الدخول فى

۱- فى نسخهٍ: الملكيّه.

۲- كذا، و الظاهر بعقد و إيقاعٍ.

لفظه أو ذاتاً بعد إتمامه، فإن اريد بلا تمليك بل بأصل العقد كان تأجيلًا، و إن اريد أنّه بملك جديد فلا بأس به.

و أمّا إذا أخذ العتق عن الناقل أو شرط نقل الملك إليه من المشتری، فقيل بمنعه و هو خيره المصنّف فی الدروس و الشارح فی الشرح و المسالک و الفاضل المقداد (۱)، و قد يظهر من عباره قواعد العلّامه (۲)، و مال إليه الأردبيلی استناداً إلی لزوم الدور (۳)، و فيه أنّه معیّ و التقدّم ذاتی علی أنّ ذلک جارٍ فی جميع الشروط المملّکه، أو استناداً إلی أنّ أخذ الرجوع إليه تأجيل لنقله، أو أنّ النقل للعين يقتضی رفع السلطان الدائم و هذا ينافيه. و الكلّ محلّ منع.

و ربّما يقال: إنّ حديث «لا عتق إلّا فی ملک» أقصی ما يقضی بملكيّه العتق، فلا دلاله فيه علی اشتراط ملكيه العتق عنه و المعتق و هو المشتری مالک، فتأمّل.

و الظاهر صحّه هذا الشرط عملًا بعموم ما دلّ مستفيضاً علی وجوب الوفاء بالشروط الّتی لم يمنع منها كتاب و لا سنّه، مضافاً إلی إطلاق الإجماعات المستفيضه بصحّه شرط العتق الشامله لما نحن فيه، مع ما يظهر من التذكره من الإجماع عليه بالخصوص، حيث قال: أمّا لو شرط العتق عن البائع فإنّه يجوز عندنا خلافاً للشافعی (۴) انتهی. فلا تأمّل فی جوازه إلّا أن يقوم إجماع أو غيره علی المنع منه كما فی البيع بشرط البيع، و ليس فليس.

و فی كونه حقّاً للّه تعالی أو للبائع أو المشتری أو الأجنبیّ المشروط له أو العبد أو المركّب احتمالات، فإنّه من حيث إنّ فيه معنی القربه و العباده يترجّح الأوّل، و من حيث الاشتراط من البائع و تعلّق غرضه به و إنّ الشروط من جمله العوضين يدلّ علی الثانی، و من حيث إنّ به فراغ الذمّه يكون للثالث. و أمّا حيث يشترط عنه فثبوت الحقّ له حينئذٍ ظاهر قضاءً لحقّ الاشتراط، و مثله الأجنبیّ المشترط

۱- الدروس ۳: ۲۱۶، الروضه ۳: ۵۰۶، المسالک ۳: ۲۷۰، التنقيح ۲: ۷۳.

۲- القواعد ۲: ۹۱.

۳- مجمع الفائده ۸: ۱۴۹.

۴- التذكره ۱: ۴۹۲ س ۱۶.

له، و باعتبار استلزامه زوال الحجر عن العبد و تحریره یکون حقّاً له. و الظاهر أنّه لا منافاه بین هذه الحقوق، فیجوز اجتماعها فیه، و یتفرّع علی ذلک المطالبه بالعتق، فمن کان الحقّ له فله المطالبه، و علی الأوّل فالمطالبه للحاکم.

و أمّا عتقه عن الکفّاره، فإن کان عن المشتری و شرط البائع عتقه عنها صحّ بلا إشکال، و ظاهر غایه المرام الإجماع علیه (۱)، و إن کانت عن البائع جاء فیه القولان و أولی بالمنع هنا عند القائل بالمنع، و فائده الشرط علی الأوّل التخصیص لهذا العبد بالإعتاق، و إن لم یشترط، فإن قلنا: إنّ الحقّ فیه للّه لم یجز عنها، کالمنذور عتقه، و إن قلنا: إنّه للبائع فکذلک إن لم یسقط حقّه فإن اسقطه جاز لسقوط وجوب العتق حینئذٍ. و احتمل فی المهذّب (۲) العدم علی هذا التقدیر للمحاباه فکأنّه عوض.

و إن قلنا: إنّه للعبد فکالقول بأنّه للبائع، کما فی المسالک (۳)، و الظاهر إجزاؤه مطلقاً لوقوع العتق فی الجمله و وقوع مراد العبد، و علی ما اخترناه لا یصحّ مطلقاً، لأصاله عدم التداخل و استصحاب بقاء شغل الذمّه بالکفّاره إلّا بالمتیقّن.

و الظاهر أنّ شرط العتق إنّما یتناول السبب المباح، فلو نکل به فانعتق لم یأت بالشرط و یکون بمنزله التالف.

و ظاهر الشرط أیضاً یقتضی إیقاعه اختیاراً مجّاناً. فلو شرط علیه عوضاً من خدمه أو غیرها لم یأت به، و حیث یفوت الشرط بذلک یتخیّر البائع بین فسخ البیع و الإمضاء کباقی الشروط، لکن لو فسخ رجع إلی القیمه کالتالف، و إنّما صحّ العتق لابتنائه علی التغلیب، مع احتمال فساده لوقوعه علی خلاف ما وجب، و یحتمل ضعیفاً سقوط الشرط هنا و نفوذ العتق.

و هل یشترط وقوعه من المشتری مباشره أم یکفی وقوعه مطلقاً إلّا أن یشترط ذلک؟ وجهان.

۱- راجع غایه المرام ۲: ۶۲.

۲- کذا، و فی بعض النسخ: «التهذیب» و الصواب «المهذّب البارع» راجع ج ۲ ص ۴۰۳.

۳- المسالک ۳: ۲۷۱.

و تظهر الفائده فيما لو باعه بشرط العتق، فعلى الأوّل يحتمل بطلان البيع لأنّ شرط العتق مستحقّ عليه فلا يجوز نقله إلى غيره، و صحّته مع تخيير البائع.

ثمّ ان أعتق المشترى الثانى قبل فسخه نفذ و قدّر كالتالف و إلّا أخذه، و على الثانى يصحّ كما لو أعتقه بوكيل، و الّذى يدلّ عليه الإطلاق و الحكم فى باقى الشروط أنّه لا يقتضى مباشرتها بنفسه إلّا مع التعيين، و هذا الشرط لا يزيد على غيره.

[عدم وفاء المشترى بشرط العتق]

قال المصنّف قدس سره: «فإن أعتقه و إلّا تخيّر البائع»

لا كلام فى أنّه مع عدم وفاء المشترى بشرط العتق يتخيّر البائع بين فسخ البيع و إمضائه إذا كان العبد موجوداً كسائر الشروط.

فإن مات العبد قبل عتقه بتفريط المشترى أو بدونه أو تعيّب بما يوجب العتق بغير فعل المولى أمّا إذا كان بفعل المولى فقد تقدّم البحث فيه ففيه احتمالات ثلاثه ذكرها العلّامه فى التحرير (۱):

أحدها: استقرار الثمن عليه و لا شى ء عليه و ليس للبائع الفسخ، و هو ضعيف جدّاً، و إلّا لم تثبت للشرط فائده.

الثانى: أن يكون للبائع الرجوع بما يقتضيه الشرط من النقصان إن اختار الإمضاء، و إن فسخ استرجع القيمه كما يظهر من المسالك (۲)، حيث رتّب هذا الاحتمال على اختيار الإمضاء، و كأنّه مبنىّ على أنّ بقاء الخيار مع الموت مجمع عليه.

و قد حكى ذلك الشيخ فى المبسوط قولًا (۳) اختاره العلّامه فى القواعد (۴)، و ضعّفه فى الدروس بأنّ الشروط لا يوزّع عليها الثمن (۵)، و ردّ بأنّ الثمن لا يوزّع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلًا له، و إنّما الشرط محسوب مع الثمن و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمه، و طريق تداركه ما ذكر، و طريق معرفه ما يقتضيه

۱- التحرير ۱: ۱۸۰ س ۱۸.

۲- المسالك ۳: ۲۷۵.

۳- المبسوط ۲: ۱۵۱.

۴- القواعد ۲: ۹۱.

۵- الدروس ۳: ۲۱۶.

الشـرط أن يقوّم العبد بدون الشـرط و يقوّم معه و ينظر التفاوت بين القيمتين و ينسب إلى القيمه الّتى هى مع شرط العتق و يؤخذ من المشترى مضافاً إلى الثمن بمقـدار تلك النسـبه من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشـرط مائه و معه ثمانين فالتفاوت بعشـرين نسـبتها إلى الثمانين الربع، فيؤخـذ من المشترى مقـدار ربع الثمن مضافاً إليه، و ذلك هو الّـذى يتسامـح به البائع فى مقابله شـرط العتق (۱).

الثـالث: تخيّر البـائع بين إجـازه الـبيع بجميع الثمن و بين فسـخه، فيرجع بـالقيمه و هو مختـار الشـرائع و الـدروس (۲)، و قـوّاه فى المبسوط (۳).

و فى اعتبار وقت القيمه أوجه:

أوّلهـا: و هو أجودهـا يوم التلف، لأـنّه يوم الانتقـال إلى القيمه، إذ قبلها كان متعلّقاً بالعين، و لأنّ ضـمان العين لا يقتضـى ضـمان القيمه مع وجودها، فلا ينتقل إلى القيمه إلّا وقت القيمه.

و ثانيها: يوم القبض، لأنّه أوّل دخوله فى ضمان المشترى.

و ثالثها: أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، لأنّه فى جميع ذلك مضمون عليه.

و قـد ظهر من وجه الأـوّل جواب الأـخيرين، و ضـعف احتمال قيمه وقت المطالبه، أو وقت التسـليم، أو أعلى القيم ما بينهما، إلى غير ذلك.

و الظاهر أنّ المدار على قيمه يوم التلف فى مكان التلف، لامكان القبض، و لا أعلى القيم من المكانين.

و فى تعيين كيفيّه اعتبار القيمه إشـكال: من احتمال قيمه عبد مشروط العتق لأنّه كذلك دخل فى ضمان المشترى لأنّه المقبوض و المبيع، و من احتمال قيمه عبد سليم من الاشتراط، لأنّ الشرط حقّ للبائع و هو محسوب من جمله الثمن و لم يأت به المشترى و مجموع العبد مضمون، فعند الفسخ يصير العبد مجرّداً عن البيع و الشرط.

۱- المسالک ۳: ۲۷۵.

۲- الشرائع ۲: ۳۴، الدروس ۳:: ۲۱۶.

۳- المبسوط ۲: ۱۵۱.

و بعباره اخری أنّه شرط لم یستعقب حکمه فلم یکن به اعتبار. و الوجه هو الأوّل.

[کلّ شرط لم یسلم لمشترطه]

قال المصنّف قدس سره: «و کذا کلّ شرط لم یسلم لمشترطه فإنّه یفید تخییره»

ثبوت الخیار بفوات الشرط أیّ شرط کان من الشروط الجائزه ممّا لا کلام فیه.

و ظاهر الأصحاب الاتّفاق علیه، و هو متمشّ فی سائر العقود من غیر فرق بین أن یکون مستنده الإجماع المعلوم، أو باعتبار أنّه شرط للزوم، أو باعتبار رجوعه إلی خیار تعذّر التسلیم فی البعض.

و قد ذکروا ذلک فی کثیر من العقود، و منها باب النکاح قالوا: إنّه لو شرط کونها بنت مهیره فظهرت بنت أمه کان له الفسخ، و کذلک لو شرطها بکراً فظهرت ثیّباً.

و استدلّوا علی ذلک بأنّ ذلک مقتضی الشرط (۱) و ظاهر دلیلهم یقتضی ثبوت الخیار فیه فی جمیع صور الشرط الجائز، و لا ینافی ذلک اتّفاقهم علی عدم خیار الشرط فی عقد النکاح، فإنّ المراد به شرط الخیار لا الخیار الحاصل من جهه عدم سلامه الشرط.

قال بعض المتأخّرین: و یشکل إطلاقهم القول بأنّ عدم سلامه الشرط یستلزم الخیار للمشروط له بما إذا أراد المتعاقدان بالشرط مجرّد الإلزام و الالتزام و إثبات الحقّ، لا جعل العقد اللازم متزلزلًا (۲).

و فیه: أنّ ذلک خارج عن أدلّه الشروط، و لا یحصل به الإلزام و الالتزام بل یقع لاغیاً کما سبق إلی الأصل إلّا مع القرینه، و معها یثبت الخیار فی التوابع دون الأصل.

و هل هذا الخیار علی الفور أو التراخی؟ وجهان، تقدّم مثلهما و وجههما و رجحان الأوّل منهما (۳).

۱- راجع الروضه ۵: ۳۹۸ ۳۹۹ و کشف اللثام ۷: ۳۸۸ ۳۸۹ و الریاض ۱۰: ۴۰۰ ۴۰۴.

۲- غنائم الأیّام: ۷۳۷ س ۱۸.

۳- تقدّم فی ص ۱۰۷ ۱۰۹.

[اختلف الأصحاب فی وجوب الوفاء بالشرط الجائز]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «و لا یجب علی المشترط علیه فعله و إنّما فائدته جعل البیع عرضه للزوال و الفسخ عند عدم سلامه الشرط و لزومه عند الإتیان به»

اختلف الأصحاب فی وجوب الوفاء بالشرط الجائز علی أقوال:

[أحدها: الوجوب علی المشروط علیه و لیس للمشروط له الفسخ]

أحدها: الوجوب علی المشروط علیه و لیس للمشروط له الفسخ إلّا مع تعذّر تحصیل الشرط بحیث لم یتمکّن من إجباره علیه و لو برفع أمره إلی الحاکم إذا کان مذهبه ذلک، و هو المشهور بین الأصحاب.

و دلیله أمّا علی الوجوب فما دلّ من کتاب أو سنّه أو إجماع علی وجوب الوفاء بالعقد.

و یمکن أن یستدلّ علیه بقوله تعالی: «یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ ما لا تَفْعَلُونَ کَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّهِ أَنْ تَقُولُوا ما لا تَفْعَلُونَ» (۱) فیفید بعمومه ذلک، و تفسیره بخصوص الوعد بیان لخفیّ الفرد، و دعوی: أنّ إراده العموم منه تقضی بکون الخارج أکثر من الداخل، محلّ منع.

و بما دلّ علی الوفاء بالشرط عموماً و خصوصاً مثل قوله: «المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصی اللّه (۲)» و الإیراد بأنّها من الخبر فلا تفید الإیجاب، مردود بأنّ الإیجاب مستفاد من مطلق الإراده و الطلب کما تقرّر فی محلّه فضلًا عن أن یؤدّی بالجمله الخبریّه الظاهره فی ذلک. و احتمال المدح و الوصف کما فی قوله تعالی: «کانُوا قَلِیلًا مِنَ اللَّیْلِ ما یَهْجَعُونَ وَ بِالْأَسْحارِ هُمْ یَسْتَغْفِرُونَ» (۳) و قوله صلی الله علیه و آله: «المؤمن غرّ کریم (۴)»، یدفعه ظاهر الاستثناء، فإنّ المؤمن لا ینبغی أن یشترط ما یخالف کتاب اللّه حتّی یکون من صفته عدم الوفاء به، و مقتضی

۱- الصفّ: ۲.

۲- کذا أورده الشهید قدس سره راجع المسالک ۳: ۲۷۴ و الروضه ۳: ۵۰۶، لکن لا یوجد «إلّا من عصی اللّه» فیما بأیدینا من المصادر الحدیثیّه.

۳- الذاریات: ۱۷.

۴- البحار ۶۴: ۲۹۸ باب علامات المؤمن، ح ۲۳.

الاحتمال المذكور أنّه يشترط المخالف للكتاب لكنّه لا يفی به، و هو کما تری، مع أنّ الوارد فی کثیر من الروایات: «المسلمون عند شروطهم (۱)» فیکون الاحتمال المذکور فیه أضعف.

مضافاً إلی أنّ قوله علیه السلام: «إلّا من عصی اللّه» علی تقدیر إراده المدح مستثنی متّصل من المؤمنین، و مقتضاه لزوم العصیان بمخالفه الشرط، و هو معنی الوجوب.

و کذلک لو ارید به الحکم و جعل المستثنی منقطعاً، و لو ارید به إلّا من عصی اللّه فی الشرط، بأن شرط ما خالف کتاب اللّه فهو أیضاً لا یناسب المدح. و یرد علیه ما سبق.

ثمّ إنّه فی ذکر «عند» المفیده للحدّ دلاله علی الإیجاب کما لا یخفی علی ذوی الألباب، مع أنّ فهم العلماء عصراً بعد عصر فی جمیع أبواب الفقه أعظم شاهد علی ذلک. و لم نقف علی أحد قدح فی ذلک.

بل یظهر من حملهم بعض الأخبار المذکور فیها هذا اللفظ کما فی موثّقه ابن منصور بن یونس (۲) علی الاستحباب، أنّ الأصل فیه الوجوب، مع أنّه یظهر من بعض الأخبار أیضاً أنّ المراد منه الوجوب، کروایه إسحاق بن عمّار (۳) و غیرها.

و لم نقف علی خلاف لأحد من الأصحاب فی وجوب الوفاء بالشرط فی باب النکاح، و قد ادّعی الإجماع علیه غیر واحد من الأصحاب (۴)، و المسأله من باب واحد، و کون النکاح لا یصحّ فیه شرط الخیار دون البیع لا یصلح فارقاً، إذ الکلام فی خیار الشرط لا شرط الخیار، مع أنّه لا منافاه بین وجوب الوفاء بالشرط و ثبوت الخیار بعد تعذّره.

و أمّا الدلیل علی اشتراط التعذّر بحیث لا یمکنه الإجبار و لو بالواسطه فی

۱- الوسائل ۱۲: ۳۵۳، ب ۶ من ابواب الخیار، الحدیث ۱ و ۲، و ج ۱۵: ۵۰، ب ۴۰ من أبواب المهور، ح ۲ و ۴.

۲- الوسائل ۱۵: ۳۰، ب ۲۰ من ابواب المهور، ح ۴.

۳- الوسائل ۱۵: ۵۰، ب ۴۰ من ابواب المهور، ح ۴.

۴- لم نعثر علیه إلّا فی الریاض ۱۰: ۲۹۲.

جواز الفسخ، فباعتبار أنّ هـذا الخيار قسم من خيار تعـذّر التسـليم و المراد ما يعمّه و تعـذّر التسـلّم و لا يصدق التعذّر مع إمكان الجبر.

و قـد عرفت بطلاـن القول بجعـل الشـرط شـطراً للّزوم و لاـ مقتضـى للقول فيه بالتعبّـد محضاً، مع أنّ الخيار على خلاف القاعـده فيقتصر فيه على المتيقّن فتعيّن ما ذكرناه.

[ثانيها: أنّه لا يجب على المشروط عليه الوفاء به]

ثانيهـا: أنّه لاـ يجب على المشـروط عليه الوفاء به، و إنّما فائـده الشـرط جعل العقـد عرضه للزوال عنـد فقـد الشـرط و لزومه عند الإتيان به، تمسّكاً بأصاله عدم وجوب الوفاء.

و ربّما يظهر من أهل هذه المقاله القول باستحباب الوفاء بالشرط.

و أنت خبير بما فيه، لأنّ الأصل لا يقاوم الدليل.

[ثالثها: التفصيل المنسوب إلى المصنّف]

ثالثها: التفصـيل المنسوب إلى المصـنّف، و هو أنّ الشـرط الواقع فى العقد اللازم إن كان العقد كافياً فى تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صـيغه فهو لاـزم لاـ يجوز الإخلال به كشـرط الوكاله فى عقـد الرهن و نحوه، و إن احتاج بعـده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشـرط العتق فليس بلازم بل يقلّب العقد اللازم جائزاً أو جعل السرّ فيه أنّ اشتراط ما كان العقد كافياً فى تحقّقه كجزء من الإيجـاب و القبول فهو تـابع لهما فى الجواز و اللزوم، و اشتراط ما سـيوجد أمر منفصل عن العقـد و قـد علّق عليه العقـد و المعلّق على الممكن ممكن، و بذلك يندفع التعجّب من أنّ اشتراط الجائز فى اللازم يجعل اللازم جائزاً.

و أنت خبير بـأنّ القسم الأـوّل خارج عن البحث إن اريـد به حصول الوكاله فى الجمله، لأنّها تتحقّق بمجرّد القبول، و لا كلام لنا فى الشرط بعد وقوعه.

و إن اريد بها المسـتمرّه الّتى تقع عنها ما وكّل فيه كما هو الظاهر، فإن قلنا: إنّه بعزله لنفسه ينعزل شرعاً كان مشمولًا لأدلّه وجوب الوفاء بالشرط و يجب أن لا يعزل نفسه، و متى ما أعزل نفسه، فعل حراماً و تسلّط الموكّل على فسخ العقد.

و إن قلنا: إنّه لا ينعزل بعزله لنفسه كان المـدار حينئذٍ على وقوع ما وكّل فيه، و وجوب الوفاء بالشـرط مصـروف إليه، إذ المفهوم منه أنّ الشرط وقوع ما وكّل فيه،

لأنّه هو المقدور للوكيل، فمتى ما امتنع الوكيل من القيام بما وكّل فيه فعل حراماً و كان للموكّل الخيار فى الفسخ و إن لم تبطل وكاله الوكيل.

و هل للموكّل عزله بناءً على ذلك لأنّ حقّ الاشتراط له فله إسقاط حقّه، أو ليس له ذلك لخروج الوكاله عن الجواز بالكلّيه و صيرورتها لازمه من الجانبين مثل العقد الّذى شرطت فيه و ربّما يقال: إنّها لا تسقط بالتقايل فتزيد على الأصل و هو بعيد؟ وجهان أقواهما الأوّل.

هذا كلّه فى القسم الأوّل.

و أمّا القسم الثانى فهو مشمول لما سبق من دليل لزوم العقد و الوفاء بالشرط من غير إشكال.

قال بعض المحقّقين: نعم لما ذكره من التفصيل وجه لو اشترط التعليق حين العقد بأن يكون مقصود المتعاقدين كون العقد متزلزلًا موقوفاً على إتيان المشترط عليه بالشرط باختياره و لا كلام فيه، و هو يرجع إلى شرط الخيار، و ليس من الخيار الناشئ من الشرط فى ضمن العقد فى شى ء، و كذا الكلام فى القول الثانى (۱) انتهى.

و فيه: أنّه ليس مجرّد قصد اشتراط شى ء يقضى باشتراطه ما لم يدلّ عليه بلفظ يفيده أو بقرينه حاليّه أو مقاليّه على وفق القانون العربى تدلّ عليه مع الحذف، أمّا ما ليس له دلاله عليه بوجه أو فيه دلاله على خلافه فلا يفيد شيئاً، فتأمّل.

[رابعها: أنّ للمشروط له الفسخ بمجرّد امتناع المشروط عليه]

رابعها: أنّ للمشروط له الفسخ بمجرّد امتناع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، و لا يتوقّف على عدم التمكّن من إجباره على ذلك، و هو الّذى تنظّر فيه المصنّف فى الدروس حيث قال: يجوز اشتراط سائغ فى عقد البيع فيلزم الشرط من طرف المشترط عليه، فإن أخلّ به فللمشترط الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر (۲) انتهى.

و قد يظهر ذلک من الكفايه (۳) و اختاره بعض المتأخّرين حيث قال: إنّه يجب

۱- غنائم الأيّام: ۷۳۷ س ۲۸.

۲- الدروس ۳: ۲۱۴.

۳- الكفايه: ۹۷ س ۲۲.

على المشروط عليه الوفاء بالشرط، و للمشروط له إلزامه به و إجباره عليه و لو بالرفع إلى الحاكم، لأنّه حقّه و يجوز له استيفاء حقّه، و أمّا وجوبه عليه إذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه، فإن كان المشروط له راضياً بانفساخ المعامله و الرجوع إلى عوضه و المفروض أنّه لا مانع له من قبل المشروط عليه لأنّ التقصير من جانبه فلا دليل على وجوب إجباره عليه.

فإن قلت: الدليل هو أصاله لزوم البيع مثلًا أو عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيجب على المشروط له أيضاً إبقاء البيع على حاله و الوفاء على مقتضاه، خرجنا عن مقتضاه فيما لم يتمكّن من تحصيل الشرط و لو بالإجبار و بقى الباقى.

قلت: أيّ دليل دلّ على رجوع المشروط له إلى الخيار و الفسخ بعد امتناع الإجبار و عدم الإمكان و لا نصّ على ذلك و لا دليل، مع أنّ مقتضى العقد اللزوم.

فإن قلت: دليله انتفاء الشرط حينئذٍ، و مقتضى انتفائه انتفاء المشروط.

قلت: لا تعليق هنا بالفرض، فإنّه عقد و شرط لا عقد بشرط، بل غايه ما يوجّه به هذه المقاله أنّ الأصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلى الآخر إلى أن يثبت الانتقال فلم يثبت الانتقال إلّا فى صوره تحقّق الشرط، فلمّا لم يتحقّق الشرط فيما نحن فيه فرجع المشروط له إلى ماله.

و مقتضى هذا الأصل الاكتفاء به فى الخيار و الرجوع بامتناع المشروط عليه و عدم إتيانه بالشرط، لأنّه هو مقتضى ذلك الأصل و لم يثبت اشتراط أزيد من ذلك (۱) انتهى.

و فيه: ما قد عرفت: من أنّ هذا الخيار خيار تعذّر التسليم، و أنّ المراد به ما يعمّه و تعذّر التسلّم و هو لا يتحقّق مع التمكّن من الإجبار إلّا إذا أدّى إلى مشقّه كلّيه يلزم منها الضرر و الإضرار.

و القول بأنّ الأصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلّا مع تحقّق الشرط، لا وجه له، فإنّ الانتقال قد حصل و الاستصحاب قاضٍ ببقائه و لزوم العقد

۱- غنائم الأيّام: ۷۳۷ س ۳.

إلّا مع المتيقّن، مع أنّه بناءً على ذلك يقتضى مع عدم تحقّق الشرط انفساخ العقد لا جواز فسخه، و هو لا يقول به. و جعل الشرط شرطاً للّزوم بمعنى أنّ التراضى لم يقع فى العقد على سبيل اللزوم و الاستمرار إلّا مع تحقّق الشرط، فمع انتفائه لهما الرجوع إلى مالهما ابتداءً، و لا- يتوقّف على التمكّن من الإجبار و عدمه لا وجه له كما عرفت، مع أنّه يلزم منه عدم فساد المشروط بفساد الشرط، و هو لا يقول به.

[الحادی عشر: خیار الشرکه]

قال المصنّف قدس سره:

«الحادی عشر: خیار الشرکه»

هـذا الخیار هل یـدور مـدار مصداق الشـرکه و عدمها، أو مدار تحقّق الضـرر و عدمه، فلو کان فیها نفع لم یثبت بها خیار؟ ظاهر الأصـحاب الأوّل، و مقتضی انحصار دلیله بخبر الضرر (۱) المنجبر بفتوی الأصـحاب الثانی. و لا یبعـد الأوّل، لأنّها من حیث هی ضرر فیشملها الخبر و إن ترتّب علیها نفع من وجه آخر.

و الظاهر أنّ ثبوت هذا الخیار ممّا لا خلاف فیه بینهم، و هو متمشٍّ فی سائر العقود أثماناً و مثمنات.

و هل هو علی الفور أو التراخی؟ فیه الوجهان السابقان.

و لا فرق فی الشرکه بین الواحد و المتعدّد، و بین المشاع و غیره ممّا لا یمکن قسمته و لا ینتفع فیه إلّا بالجمله.

قال المصنّف قدس سره: «سواء قارنت العقد کما لو اشتری شیئاً فظهر بعضه مستحقّاً»

المراد بظهور کونه مستحقّاً أعمّ من أن یظهر کونه ملکاً للغیر، أو ملکاً له و سلطانه للغیر کالمرهون و نحوه و هذا إذا لم یجز الغیر أو أجاز مع طول الفصل بین العقد و الإجازه لحصول الضرر بالتأخیر، مع احتمال الفرق فی ذلک بین

۱- الوسائل ۱۷: ۳۱۹ ب ۵ من أبواب الشفعه، ح ۱.

الکشف و النقل، و أنّه علی الأوّل لا خیار له دون الثانی، إذ لیس مجرّد التوقّف عیباً مع حصول الملک من حین العقد، و هو غیر بعید. أمّا إذا حصلت الإجازه من دون فصل فلا یبعد عدم ثبوت الخیار.

و قد یطلق علی هذا خیار التبعیض.

قال المصنّف قدس سره: «أو تأخّرت بعده إلی قبل القبض کما لو امتزج المبیع بغیره بحیث لا یتمیّز و قد یسمّی هذا عیباً مجازاً»

إذا امتزج المبیع بغیره قبل القبض تخیّر المشتری بین الفسخ و الشرکه، کما فی الشرائع و القواعد و التحریر و الإرشاد و الدروس و غایه المرام و جامع المقاصد و المیسیّه و المسالک (۱) و غیرها. و ظاهر إطلاقهم یقتضی أنّه لا فرق بین أن یختلط بمثله أو بأجود أو أدون باختیار البائع أو بغیر اختیاره.

و فی المسالک: و ینبغی فیما لو مزج بالأجود بغیر اختیاره ثبوت الخیار له أیضاً، لتضرّره بذلک مع اختیار المشتری الشرکه انتهی.

و قد سبقه إلی ذلک الفخر فی شرح الإرشاد. و الظاهر ثبوت الخیار و إن أهمل المشتری القبض.

نعم لو امتنع من القبض و لم یکن المزج باختیار البائع أو کان فی وجه فلا خیار له.

و هل یسقط الخیار ببذل البائع له ما امتزج به؟ وجهان بل قولان، و ظاهر المشهور عدم السقوط، و مذهب الشیخ السقوط (۲).

و مدرک الوجهین ثبوته لثبوت سببه فیستصحب، و الهبه منه لا یجب قبولها، و ارتفاع الضرر بالهبه و الأوّل أقوی.

و قد نصّ جمع من الأصحاب (۳) علی أنّه متی رضی المشتری بالشرکه فمئونه القسمه علی البائع، لأنّ هذا عیب مضمون علیه. و التخلّص منه واجب علیه، و لوجوب تسلیم المبیع إلی المشتری بعینه.

۱- الشرائع ۲: ۳۰، القواعد ۲: ۸۹، التحریر ۱: ۱۷۶ س ۱۰، إرشاد الأذهان ۱: ۳۸۱، الدروس ۳: ۲۱۲، غایه المرام ۲: ۵۷، جامع المقاصد ۴: ۴۱۰، المسالک ۳: ۲۴۴.

۲- المبسوط ۲: ۱۱۵.

۳- راجع الدروس ۳: ۲۱۲ و جامع المقاصد ۴: ۴۱۰ و المسالک ۳: ۲۴۴.

ثمّ إنّ الشركه و إن اشتهر على ألسنتهم أنّها عيب فالمراد به أنّها مساويه للعيب فى الحكم لا- أنّها داخله دخولًا حقيقيّاً تحت الاسم، لعدم دخولها تحت الضابط المتقدّم ذكره للعيب.

نعم بناءً على ما هو المختار من أنّ العيب موكول إلى العرف، قد يقال بدخولها تحت مسمّاه، و لكن الظاهر خلافه أيضاً.

[الثانی عشر: خیار تعذّر التسلیم]

قال المصنّف قدس سره:

«الثانی عشر: خیار تعذّر التسلیم» «فلو اشتری شیئاً ظنّاً إمکان تسلیمه ثمّ عجز تخیّر المشتری»

المراد فی هذا المقام بتعذّر التسلیم القاضی بثبوت الخیار هو تعذّر التسلّم، إذ لیس الحکم تعبّدیّاً محضاً علی الظاهر، و إنّما منشؤه حدیث الضرر المنجبر بفتوی الأصحاب بالنسبه إلی ما نحن فیه. فقد ذکروا ذلک فی مقامات عدیده. و لا ریب أنّ الضرر یندفع بالقدره علی التسلّم و إن لم یحصل القدره علی التسلیم، مع أنّ الخیار علی خلاف القاعده فیقتصر فیه علی المتیقّن.

و التمکّن منه ببعض المقدّمات کتوسّط الشفعاء حیث یحصل به المنّه أو بذل المال و لو یسیراً و نحو ذلک لیس من التمکّن، مع احتمال أن یقال: إنّ المدار علی القدره علی التسلیم، لأنّه هو الواجب علی البائع، و التسلّم لا یجب علی المشتری، فإذا لم یؤدّ البائع ما وجب علیه تخیّر المشتری وقوفاً عند ظاهر کلامهم. و الأوّل أقوی.

و الظاهر عدم الفرق بین عجزه بأن لا یتمکّن أصلًا، أو یتمکّن بمضیّ زمان کثیر یفوت من المنافع ما یعتدّ بها عرفاً.

ثمّ إنّ ثبوت هذا الخیار فیما إذا انکشف أنّ العجز عن التسلیم کان ثابتاً عند العقد أو قبله مبنیّ علی أنّ القدره علی التسلیم شرط علمی مطلقاً أو علمی فی مقام الرجاء دون التعذّر فی وجه آخر.

أمّا إذا قلنا بأنّها شرط وجودی و علمی معاً مطلقاً کما کان یختاره الوالد طاب ثراه و أنّه لو باع علی أنّه قادر أو عاجز فظهر الخلاف بطل البیع للزوم الغرر و العبث تعین مع ظهور العجز عند العقد الفساد.

و کذلک إذا قلنا: أنّه وجودی فقط مطلقاً، کما هو القاعده فی الشرائط.

نعم حیث لا یتحقّق منه القصد إلی معنی البیع یفسد لذلک، لا لفوات شرط القدره.

و الظاهر من الأصحاب الأوّل، کما یرشد إلیه حکمهم فیما إذا انقطع المسلم إلیه عند الحلول بالخیار من غیر فرق بین التعذّر و الرجاء.

و الاعتذار عن ذلک بأنّ الأجل زمان تسلیم لا زمان تملیک و کان موجوداً قبل الأجل فیتعلّق الملک به و التأخیر للتسلیم فیبقی مطالباً به، لا وجه له.

فإن قلت: إن کان مستند هذا الخیار الضرر کما ذکرت فینبغی أن یثبت فی جمیع الأقسام من تعذّر التسلیم بذاته أو بغصب غاصب أو مماطله فیه أو امتناع من أحد المتعاقدین منه و نحو ذلک و لا یفرّق فیه بین الثمن و المثمن و لا بین عقد البیع و غیره من العقود، و هو علی إطلاقه منافٍ لتوقّف الخیار علی مضی ثلاثه أیّام لمن یقبض و لم یقبض.

قلت: نلتزم ذلک فی الجمیع عدا صوره المماطله و الامتناع، لأنّ الأصل عدم ثبوت الخیار، و الضرر مدفوع فیهما بالمقاصّه. نعم بالنسبه إلی الشروط نقول به کما سبق، إذ لیس فی مقابلهما شی ء من الثمن حتّی یقاصّ، و لأنّ المماطله و الامتناع یتمکّن الشرع من دفعهما و التسلیم بخلاف التعذّر، مع أنّه قد تقدّم لک مراراً أنّ خبر الضرار لا نعمل به مطلقاً إلّا حیث ینجبر بفتوی الأصحاب و هم قد قصروه کما یظهر منهم فی مقامات متعدّده علی صوره التعذّر. و منها باب خیار التأخیر کما عرفت فیکون المدار علی الضرر الخاصّ الّذی کشف عنه الشرع. و احتمال الفرق فی الامتناع بین ما لا یرجی معه التسلیم فیثبت الخیار و ما یرجی فلا یثبت، لا وجه له.

و الظاهر أنّه لا فرق فی ثبوت الخیار بتعذّر التسلیم أن یکون قبل العقد أو بعده قبل القبض إلّا حیث یکون عدم القبض بتفریط المشتری و امتناعه، و لذلک نصّ الأصحاب (۱)

۱- راجع الشرائع ۲: ۳۱، التحریر ۱: ۱۷۶ س ۸، القواعد ۲: ۸۹، الدروس ۳: ۲۱۲.

من غير خلاف يعرف: أنّه لو غصب المبيع قبل القبض و أمكن استعادته بسرعه لم يتخيّر المشترى، و إلّا تخيّر. و ظاهر الشارح (۱) قصر كلام المصنّف على هذه الصوره، و لعلّه بناءً منه على أنّ شرط القدره شرط وجودى، أو باعتبار ظاهر قوله: «ثمّ عجز». و الظاهر أنّ المراد ثمّ تبيّن له العجز، و قد يحمل كلام الشارح على ما قلناه.

ثمّ إنّه اختار الصبر ثمّ أراد الفسخ فهل له الفسخ بعد ذلك أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم، و اختار فى التذكره أنّ له ذلك، لأنّه يتضرّر كلّ ساعه كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثمّ أراد الفسخ (۲).

و فيه: أنّ الخيار على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقّن.

و الظاهر ثبوته على الفور لا التراخى، كما سبق فى غيره من الخيارات، و قد علم وجهه ممّا تقدّم. و تعذّر تسليم بعض المبيع موجب للخيار كتعذّر تسليم كلّه، و هل له الرجوع بشى ء؟ يحتمله، لأنّ فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض فيكون مضموناً على البائع.

و يضعّف بأنّ الأرش ليس فى مقابله مطلق النقص، لأصاله البراءه، و عملًا بمقتضى العقد، بل فى مقابله العيب، و هو هنا منتف.

و قد استظهر أكثر الأصحاب فيما لو غصب المبيع قبل القبض عدم التزام البائع بالاجره عن مدّه الغصب (۳).

نعم لو منعه البائع من التسليم ثمّ سلّم فعليه اجره مدّه المنع إلّا حيث يكون الحبس بحقّ، و قد تأمّل فيه المحقّق الثانى (۴) لأنّ جواز الحبس غير سقوط حقّ المنفعه و لا يلزم من ثبوت الأوّل الثانى.

۱- الروضه البهيّه ۳: ۵۰۹.

۲- التذكره ۱: ۵۶۲ س ۳۰.

۳- راجع الشرائع ۲: ۳۱، الدروس ۳: ۲۱۲، جامع المقاصد ۴: ۴۱۱، المسالك ۳: ۲۴۶.

۴- جامع المقاصد ۴: ۴۱۲.

[الثالث عشر: خیار تبعیض الصفقه]

قال المصنّف:

«الثالث عشر: خیار تبعیض الصفقه».

«کما لو اشتری سلعتین فتستحقّ إحداهما»

الکلام فی هـذا الخیار کالکلام فی خیار الشـرکه من أنّ المـدار فیه هل هو علی مصداق التبعیض کیفما کان أو علی مدار تحقّق الضرر و عدمه، فلو کان فی التبعیض نفع لم یثبت به خیار؟

ظاهر الأصـحاب الأوّل، و مقتضـی انحصار دلیله بخبر الضرار المنجبر فی هذا المقام بفتوی الأصحاب الثانی. و لا یبعد الأوّل کما تقدّم فی الشرکه، لأنّ التبعیض من حیث هو ضرر فیشمله الخبر و إن ترتّب علیه نفع من وجه آخر.

ثمّ إنّ ثبوت هذا الخیار موقوف علی جواز التبعیض للمعقود علیه فی الجمله، فلو لم یصحّ التبعیض مطلقاً لم یتحقّق هذا الخیار.

و الظاهر أنّ التبعیض للمعقود علیه علی وفق القاعـده، لأنّ الأسـباب الشـرعیّه کالأسـباب العقلیّه إذا وجدت قابلًا و غیر قابل أثّرت فی القابل دون غیره، و لتحقّق الوفاء بمقتضی العقد فی المقدار الممکن.

و الظاهر عدم اشتراط صحّه [ضمّ] أجزاء المعقود علیه بعضها ببعض، کما یقضی به ظاهر العقد و أصل العدم.

نعم حیث یعلم إراده الهیئه الاجتماعیّه من خارج أو یصرّح بالاشتراط أو

يفوت أحد الجزءين نقول بالفساد فى الجميع.

و قد يفرّق فى ذلك أيضاً بين صوره العلم بفوات الجزء و عدم نفوذ العقد فيه، و صوره الجهل و أنّ الشرط فى الثانى إنّما يسلّط على الخيار فقط، فيكون الخيار فيه من جهتين: جهه التبعيض، و جهه الاشتراط، و أمّا فى الأوّل فيفسد به العقد فى الجميع إلّا أن يرجع إلى الصفه كالشرط الفاسد المعلوم فساده. و ربّما ادّعى أنّه المفهوم من الأصحاب. و يحتمل القول فى ذلك بالصحّه فى الصورتين، لانحلال هذا الشرط إلى الصفه مطلقاً، و فواتها لا يقضى بالفساد، و إنّما يسلّط مع الجهل على الخيار. و ربّما ظهر هذا من بعض كلماتهم. و يشكل الفرق على هذا بينه و بين الشرط الفاسد على القول بفساد العقد به.

و الأقوى الأوّل، لفوات القصد و تبعيّه العقود للقصود.

و دعوى: أنّ الظاهر فى السلعه الواحده إراده الهيئه الاجتماعيّه مطلقاً إلّا أن يعلم العدم و لهذا قصر المصنّف ثبوت الخيار على السلعتين ممنوعه.

و قصر المصنّف الخيار على السلعتين على سبيل المثال و التمثيل بالفرد الظاهر، أو باعتبار دخول الخيار فى السلعه الواحده تحت خيار الشركه.

و فيه: أنّ أسباب الخيار لا تتنافى فيثبت الخيار من جهتين، و تبعيّه العقود للقصود لا ينافى ما ذكرنا، فإنّ القصد الضمنىّ كافٍ و الأوّل إلى الجهاله غير ضائر مع حصول العلم بالأصاله.

و حيث كان التبعيض على وفق القاعده. فلا يفترق الحال فيه و فى الخيار المترتّب عليه بين أن يكون فى الثمن أو فى المثمن، فى البيع أو غيره من العقود، فى السلعه الواحده أو المتعدّده.

و الظاهر أنّه لو قلنا به للتعبّد بالإجماع المنقول المؤيّد بالشهره المحصّله و المنقوله فكذلك بالنسبه إلى أفراد البيع لعموم دليله، و بتنقيح المناط بينه و بين الثمن على الأظهر، و بين البيع و غيره من العقود فى وجه يتمّ المطلوب.

نعم لو قصّرناه على المقامات الخاصّه المدلول عليها بالروايات أو بالإجماع عليها بالخصوص لا نتسرّى فيه.

ثمّ إنّ هـذا الخيار إنّما يثبت للمشترى مع الجهل دون العلم، و لا يثبت للبائع مطلقاً، لأنّه جاء من قبله، و لا يبعـد ثبوته له مع جهله أو دعواه الإذن لإثبات عذره كما احتمله بعضهم (۱) و الأقوى خلافه و هو بالنسبه إلى الفور و التراخى كما سبق.

۱- مفتاح الكرامه ۴: ۶۳۱ س ۳.

[الرابع عشر: خيار التفليس]

قال المصنّف قدس سره:

«الرابع عشر: خيار التفليس»

ثبوت هـذا الخيـار فى محلّه مجمع عليه بين الأصـحاب، و النصوص دالّه عليه و له شـروط متعـدّده و أحكـام متكـثّره تجى ء فى محلّها إن شاء اللّه تعالى.

و هل هو على الفور أو التراخى؟ فيه الوجهان السابقان.

و قد عرفت الراجح منهما، و مثله غريم الميّت مع وفاء التركه بالدين. و قيل مطلقاً (۱). و سيجى ء فى محلّه إن شاء اللّه تعالى.

۱- القواعد ۲: ۱۴۷، جامع المقاصد ۵: ۲۶۱.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان بإشراف آیهٔ الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیهٔ والثقافیهٔ والعلمیهٔ معتمداً علی النشاطات الخالصهٔ والدؤوبهٔ لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیهٔ.

إجراءات المؤسسهٔ:

نظراً لقلهٔ المراکز القائمهٔ بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیهٔ وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبهٔ الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسهٔ القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیهٔ وتقدم المؤسسهٔ مجاناً مجموعهٔ الکترونیهٔ من الکتب والمقالات العلمیهٔ والدراسات المفیدهٔ وهی منظمهٔ فی برامج إلکترونیهٔ وجاهزهٔ فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسهٔ تقدیم الخدمهٔ معتمدهٔ علی النظرهٔ العلمیهٔ البحتهٔ البعیدهٔ من التعصبات الشخصیهٔ والاجتماعیهٔ والسیاسیهٔ والقومیهٔ وعلی أساس خطهٔ تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرهٔ من جمیع مراکز الشیعهٔ.

الأهداف:

نشر الثقافهٔ الإسلامیهٔ وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسهٔ أدقّ فی المسائل الدینیهٔ

تنزیل البرامج المفیدهٔ فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمهٔ للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیهٔ والجامعات

توسیع عام لفکرهٔ المطالعهٔ

تهمید الأرضیهٔ لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیهٔ

السیاسات:

مراعاهٔ القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیهٔ

إنشاء العلاقات المترابطهٔ مع المراکز المرتبطهٔ

الاجتنباب عن الروتینیهٔ وتکرار المحاولات السابقهٔ

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵
هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.